

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.3.n.9.62275>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

O ABORTO E A REPRODUÇÃO HUMANA – A NECESSÁRIA IGUALDADE DE GÊNERO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ABORTION AND HUMAN REPRODUCTION - THE NECESSARY GENDER EQUALITY BEFORE THE FEDERAL CONSTITUTION

José Saraiva¹

RESUMO

A igualdade de gêneros constitucionalmente prevista e a garantia à dignidade humana, além da proteção à personalidade, asseguram ao homem o direito de participar da decisão a respeito da realização de aborto, não cabendo à mulher exclusividade, por se tratar de tema afeto à reprodução humana e não direito personalíssimo. Este artigo objetiva ajustar ou adotar premissa diversa da comumente invocada no debate a respeito do aborto, isto é, a abordagem focada apenas no direito da mulher ao próprio corpo, elemento esse utilizado como fonte primária até por legislações que regulam o aborto, tais quais as Leis da Argentina, França, Espanha e Uruguai. Considerada a perspectiva da reprodução humana com a necessária participação do homem, seja sob o aspecto do material genético, seja sob o aspecto psicossocial e jurídico, no tocante à garantia de igualdade de gêneros, dignidade da pessoa humana e proteção à personalidade masculina, tem-se como incabível a exclusão do homem da decisão de abortar, não sendo tal decisão inserida no âmbito exclusivo do direito subjetivo da mulher, fazendo-se necessário o prévio conhecimento e a anuência do homem para a prática do aborto.

Palavras-chave: Aborto; Igualdade de Gênero; Direitos do Homem.

ABSTRACT

The constitutionally foreseen gender equality and the guarantee of human dignity, in addition to the protection of personality, ensure the man the right to participate in the decision regarding the performance of an abortion, not being exclusive to the woman, as it is a theme related to reproduction human and not personal right. This article aims to adjust or adopt a premise different from that commonly invoked in the debate on abortion, that is, the approach focused only on the right of women to their own body, an element that is used as a primary source even by legislation that regulates abortion, such as the Laws of Argentina, France, Spain, and Uruguay. Considering the perspective of human reproduction with the necessary participation of man, either from the aspect of genetic material, or from the psychosocial and legal aspect, regarding the guarantee of gender equality, human dignity and protection of the male personality, the exclusion of men from the decision to abort is incalculable, and such a decision is not within the exclusive scope of the subjective right of women, making it necessary for men's prior knowledge and consent to the practice of abortion.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília - UNB (1988) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (1993). Atuou como conselheiro da Comissão de Ética Pública da Presidência da República (2016-2019), membro do Conselho Gestor de Precatórios do Tribunal de Justiça da Bahia, membro da Comissão de Precatórios da OAB/BA e membro da Comissão de Credores Públicos do Conselho Federal da OAB. js@josesaraiva.adv.br. <https://orcid.org/0000-0003-4171-4440>.

Keywords: Abortion; Equality between Woman and Man; Rights of Man.

INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero é um princípio fundamental consagrado em muitas constituições ao redor do mundo, incluindo a Constituição Federal. Esse princípio, juntamente com a garantia à dignidade humana e a proteção à personalidade, constitui a base para uma sociedade justa e igualitária. No contexto da reprodução humana e, mais especificamente, no debate a respeito do aborto, a igualdade de gênero emerge como elemento central que merece análise mais aprofundada.

O aborto tem sido frequentemente discutido sob a perspectiva do direito da mulher sobre seu próprio corpo, e essa abordagem tem sido amplamente aceita e adotada em legislações de diversos países, como Argentina, França, Espanha e Uruguai. No entanto, este artigo pretende apresentar perspectiva não considerada por essa visão comumente aceita, propondo outra mais abrangente e inclusiva que considera a participação ativa do homem na tomada de decisões relacionadas ao aborto.

A questão central que este artigo aborda é se a decisão sobre o aborto deve ser exclusivamente da mulher ou se o homem também deve ter voz e participação nesse processo. Argumenta-se que, ao considerar a perspectiva da reprodução humana na integralidade, levando em consideração não apenas o direito ao corpo da mulher, mas também os direitos e interesses do homem no tocante ao processo reprodutivo, a exclusão deste último da decisão de abortar se mostra inadequada.

Nesse contexto, a igualdade de gênero desempenha um papel crucial, porquanto a Constituição Federal estabelece claramente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim, este artigo explora como a aplicação desse princípio de igualdade se relaciona com a tomada de decisões sobre o aborto e como essa igualdade deve ser garantida a todos os envolvidos no processo reprodutivo.

A abordagem proposta neste artigo não visa negar ou diminuir a importância dos direitos da mulher em relação ao seu corpo e à sua autonomia reprodutiva, mas sim destacar a necessidade de incluir a perspectiva do homem nesse debate. Defende-se que a tomada de decisões sobre o aborto deve ser compartilhada entre os parceiros, respeitando os direitos, desejos e interesses de ambos.

Ao considerar a reprodução humana como sistema complexo que envolve múltiplos atores e interesses, busca-se contribuir para uma discussão mais completa e equitativa sobre o aborto, garantindo a igualdade de gênero e a proteção dos direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Este artigo adota abordagem de análise da norma constitucional para examinar a questão do aborto e a igualdade de gênero. A pesquisa é fundamentada em análise aprofundada dos princípios constitucionais, das leis e dos precedentes judiciais relacionados ao tema. Ao focar essa perspectiva, busca-se compreender como a Constituição Federal e outros documentos legais moldam o debate sobre o aborto e os direitos reprodutivos, reconhecendo a importância da igualdade de gênero como princípio fundamental também aplicável ao homem.

1. ABORTO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À REPRODUÇÃO HUMANA DO HOMEM

A par dos debates relevantes que o tema do aborto traz em diversas sociedades sob o enfoque religioso, moral ou ético, existe elemento basilar normalmente não abordado em tais debates, qual seja, a reprodução humana como sistema complexo que inclui diversas variantes e partícipes, mas possui duas essenciais: o direito da mulher em reproduzir outro ser humano e igualmente o mesmo direito do homem. Além disso, outro a ser considerado consiste no material genético da mulher e do homem, parte do corpo de ambos, e o direito de dispor do próprio corpo da mulher, no qual esse material é abrigado para desenvolver uma nova vida.

Daí porque o tema do aborto remete à necessária premissa de abordagem a respeito dos titulares do poder de reprodução humana, premissa essa que ultrapassa a consideração do tema como reflexo do direito da mulher ao próprio corpo, em face da realidade que lhe é exclusiva no âmbito da reprodução humana, seja sob o enfoque pessoal, social ou econômico.

Indaga-se: o direito ou decisão à reprodução humana tem titular exclusivo? Poderia tal direito/decisão pertencer exclusivamente à mulher, ao homem ou ao Estado?

Este artigo objetiva ajustar ou adotar premissa diversa da comumente invocada no debate a respeito do aborto, isto é, a abordagem focada apenas no direito da mulher ao próprio corpo, elemento esse utilizado como fonte primária até por legislações que regulam o aborto,

tais quais as Leis da Argentina, da França, da Espanha e do Uruguai.²

Considerada a abordagem do tema sob o enfoque da reprodução humana, tem-se que abordar a posição e os direitos do homem nesse contexto de espectro mais amplo de atores e interesses envolvidos na decisão da interrupção da gravidez.

A adoção do direito à reprodução humana como premissa para o tema do aborto requer a revisão da abordagem comum de limitar-se o debate ao confronto entre a liberdade individual da mulher, em dispor de seu corpo, e o direito à vida do possível nascituro, considerando-se o embrião possuidor do *status dignitatis* de ser humano, debate esse repleto de ideologias, em face das questões filosóficas, morais, de saúde pública, e religiosas que suscita, todas de altíssimo relevo.

Retirando a abordagem dos direitos envolvidos na reprodução humana do plano secundário do debate sobre o aborto, surge outro aspecto central, isto é, a quem cabe definir os parâmetros para essa questão: ao indivíduo-mulher; ao homem e à mulher envolvidos na reprodução, ou, ainda, se caberia ao Estado.

Tal aspecto é relevante, pois, a partir do nascimento, estão mãe, pai e Estado, vinculados à realidade imposta pela existência de outro ser humano, bem como às consequências de tal existência sob o ordenamento jurídico.

Portanto, se à mulher couber decidir isoladamente a respeito da reprodução humana, ela se vincula a si, ao homem-pai e ao Estado. E negativamente, também, ainda que para desvinculá-los (homem e Estado) das respectivas obrigações futuras. Daí a pertinência da abordagem do tema sob o enfoque do direito à igualdade de gênero, constitucionalmente assegurado³, pois o debate do tema exclusivamente em torno da mulher e seu direito ao corpo lhe confere posição extremamente superior ao homem em seu direito à personalidade e à dignidade humana de poder reproduzir, e ao próprio Estado que terá que arcar com as consequências no âmbito que lhe compete pela decisão exclusiva de uma das partes envolvidas na reprodução humana (assistência à saúde, educação e previdência, dentre outros). Tal enfoque não visa nem excluir, nem minorar, o imprescindível debate a respeito do próprio direito do possível nascituro em existir como ser humano ou das relevantes questões envolvendo a saúde pública, fruto dos abortos clandestinos rotineiramente realizados. Objetiva, apenas, estabelecer abordagem diversa, focada na reprodução humana e seus partícipes diante da decisão

² Lei Argentina nº 27.610/2021; Lei da Espanha nº 2/2010; Lei da França nº 2.212/2021; Lei do Uruguai nº 18.987/2012.

³ CF-88, Artigo 5º, I.

intERRUPTIVA DA gravidez, sem exclusão de outros possíveis aspectos, em especial o direito à vida do nascituro.

Não se cogita no mundo ocidental que o Estado possa impedir a reprodução humana, seja pela esterilização em massa, seja pela recusa em atender aos nascidos fora do plano estatal estabelecido, ou pelo incentivo ao livre aborto, como forma de alcançar objetivo de planejamento do desenvolvimento sociodemográfico do país. Ao contrário, no Brasil, a Constituição Federal veda expressamente tal intervenção (artigo 226, §7º). Então, ao Estado resta regular normativamente a questão, seja permitindo e regulando a conduta dos partícipes no ato do aborto – mulher, homem, médicos e outros –, ou, impedindo a prática do ato. Assim, age o Estado apenas na normatização do quanto reflete o senso predominante na sociedade, a respeito da possibilidade ou não do aborto e, como deve ocorrer a respectiva realização.

Amplia a relevância da premissa da reprodução humana no tema do aborto a consideração de que, atualmente, a mulher já dispõe de possibilidades fáticas e legais de reproduzir sozinha, via obtenção de material genético a sua escolha em bancos de sêmen. Tal decisão vincula ao Estado, isto é, a sociedade pelos custos dessa decisão reprodutiva – saúde pública, educacional, assistência social e previdência, dentre outros.

O mesmo já não ocorre com a possibilidade reprodutiva do homem, embora tecnicamente possível, pois a este não é permitido juridicamente no Brasil obter o material genético feminino mediante livre escolha, tal qual ocorre com a mulher, e, muito menos, obter o ambiente necessário para o desenvolvimento do embrião (útero de terceira pessoa – barriga de aluguel), salvo em restritíssimas hipóteses.⁴

A abordagem aqui tratada independe do momento em que se considera o embrião como nascituro, isto é, titular de direito subjetivo, aspecto esse também normalmente considerado central nos debates sobre o aborto, pois, a partir do momento temporal que se considerar o embrião ser humano em potencial, não será mais permitido o aborto por configurar ato atentatório à vida. Tal aspecto é tratado, inclusive, nas legislações que permitem o aborto, como na Espanha: até a 14ª semana de gravidez⁵; na França: até 12ª semana⁶; na Argentina: até a 14ª⁷, ou no Uruguai: até 12ª.⁸

⁴ Resolução Conselho Federal de Medicina – CFM nº 2.294/2021.

⁵ Lei da Espanha nº 2/2010.

⁶ Lei da França nº 2.212/21.

⁷ Lei Argentina nº 27.610/2021.

⁸ Lei do Uruguai nº 18.987/2012.

Logo, esta abordagem dispensa considerar o momento em que o embrião passa a ter o *status dignitatis* de ser humano possível, pois a abordagem se foca no direito à reprodução humana tanto da mulher, quanto do homem, em decorrência da garantia constitucional da igualdade de gêneros, devendo o tema do marco temporal aludido ser restrito à consideração do embrião como parte do corpo da mulher até certo momento da gravidez.

Nesse contexto, o debate da igualdade de gênero na reprodução humana alça maior relevo, pois não se confere ao homem a alternativa de não reproduzir quando não desejar, isto é, exigir o aborto quando não desejar ser pai, pois estará vinculado à paternidade e suas consequências independentemente da respectiva vontade negativa, e, da mesma forma, caso adotada a premissa do poder de decisão exclusivo da mulher em abortar, não possui o homem o direito de reproduzir quando quer, mesmo diante do seu material genético formador do embrião depositado no corpo da mulher.

Estabelecida tal realidade, não teria o homem direito subjetivo de reproduzir como ser humano, direito esse decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana em ter sua vontade reprodutiva respeitada, bem como da proteção à respectiva personalidade que lhe assegura a integridade corporal, retratada no material genético fornecido para a formação do embrião, sendo tais direitos (dignidade e personalidade) submetidos à exclusiva decisão da mulher, enquanto detentora provisória da possível vida (embrião) para viabilizar o direito à reprodução humana do homem.

Tal realidade nulifica a garantia constitucional de igualdade de gêneros.

2. A IGUALDADE DE GÊNEROS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal fixa taxativamente já no primeiro inciso do artigo 5º, inaugural das garantias fundamentais: “I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ao tratar de *família* no artigo 226, § 5º, a Constituição da República estabelece: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. E mais, § 7º: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

O princípio constitucional da igualdade está além do tratamento simétrico entre personalidades jurídicas perante a lei; isto é, fixa a impossibilidade de edição de norma contrária ao tratamento isonômico entre as personalidades jurídicas do corpo social (Mello, 1993, p. 9).

Nesse contexto, a garantia constitucional de isonomia estabelece três aspectos limitadores ao tratamento diferenciado entre homens e mulheres, quanto ao direito à reprodução humana, inclusive no tema aborto, quais sejam: a) a isonomia como regra geral (artigo 5º, *caput*); b) a expressa isonomia entre homens e mulheres (artigo 5º, I); bem como a isonomia familiar (artigo 226, §5º e §7º).

Incabível considerar-se a condição de homem e mulher, em si, como fator a interditar o tratamento isonômico em relação ao direito de reprodução humana, porquanto a condição intrínseca de cada gênero é, exatamente, o objeto da isonomia estabelecida no inciso I do artigo 5º. Logo, é justamente essa condição intrínseca que consiste o objeto da isonomia constitucionalmente assegurada. Registre-se que, embora a motivação originária para tal isonomia de gênero possivelmente seja a tradição patriarcal das relações sociais, tem-se nessa garantia via de mão dupla, sendo as relações familiares um dos aspectos mais relevantes para demonstrar a necessidade de tratamento isonômico ao homem-pai em relação à também tradição matriarcal das relações sociais, no tocante à concepção e criação dos filhos, geralmente, afeta ao universo das mulheres, sobretudo nas sociedades latino-americanas, e particularmente na brasileira, como bem evidencia o artigo 226, §§ 5º e 7º.

Por isso, incabível invocar qualquer traço diferenciador entre mulheres e homens, em decorrência da própria condição de cada gênero, quando não atendem a qualquer requisito de peculiaridade diferencial,⁹ a justificar o afastamento do tratamento isonômico no tema aborto e relações familiares.¹⁰

Nos dizeres de José Afonso da Silva (2004, p. 216):

Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homem de um lado e mulheres do outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

⁹ Situações presentes em questões objetivas como atividade profissional, p.e., ingresso em vaga destinada ao batalhão feminino, ou fixação temporal para a aposentadoria.

¹⁰ “... as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *in* Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª Ed., Ed. Malheiros, 1993, p. 17.

Vale citar Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 171):

O que não se pode admitir, e este parece ser o sentido fundamental do dispositivo, é que sob o manto de desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras, possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos.

A louvável e necessária luta pela extinção de qualquer traço discriminatório em relação às mulheres, motivadora de alguns dos citados dispositivos constitucionais, também não permite que sejam eles interpretados de forma a não assegurar direitos aos homens em esferas antes mais afetas ao universo feminino, como a criação dos filhos e a própria decisão a respeito do aborto, pois a igualdade é entre os gêneros e, por isso, vale para os dois lados envolvidos – homem e mulher, como estabelecido na Constituição Federal, sem ressalvas.

Logo, no tema da reprodução humana, inclusive do aborto, a garantia constitucional de isonomia entre os gêneros impõe o redimensionamento do debate comumente estabelecido, a fim de inserir os direitos fundamentais do homem – dignidade e personalidade – no contexto e em possível norma.

3. A POSIÇÃO FÁTICA E JURÍDICA DO HOMEM NA REPRODUÇÃO HUMANA

O direito à reprodução humana consiste em elemento inerente à própria garantia da dignidade da pessoa, bem como se insere no âmbito dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, porquanto a intenção de procriar, ter descendentes, consiste em basilar instinto humano, por ser tal aspecto dentre os principais diferenciadores dos humanos em relação aos demais animais, na medida em que visa o estabelecimento e a busca por continuidade dos vínculos familiares do indivíduo que pretende procriar (Rouland, 2003).

Tal instinto basilar está presente tanto na mulher, quanto no homem, embora possa existir em graus diferentes para cada, sobretudo diante do senso comum de atribuir à mulher o papel identitário conferido pela maternidade (Barbosa, 2003), ou mesmo pela conferência à paternidade de certo *status* pessoal como fator relevante (Ahmad, 2009). Conseqüentemente, a esterilidade ou a ausência de prole ainda gera certo grau de estigmatização social seja para o homem, seja para a mulher, ainda que em grau menor de desvalor do que no passado (Reckziegel; Duarte, 2015).

No contexto atual, a mulher dispõe de possibilidades fáticas e legais de reproduzir sozinha, via obtenção de material genético a sua escolha em bancos de sémen. Tal decisão vincula ao Estado, isto é, à sociedade os custos dessa decisão reprodutiva – saúde pública, educacional, assistência social e previdência, dentre outros.

O mesmo já não ocorre com a possibilidade reprodutiva do homem, embora tecnicamente possível, pois a este não é permitido juridicamente no Brasil obter o material genético feminino mediante livre escolha, tal qual ocorre com a mulher, e, muito menos, obter o ambiente necessário para o desenvolvimento do embrião (útero de terceira pessoa – barriga de aluguel), salvo em restritíssimas hipóteses.¹¹

Tal realidade evidencia situação fática e jurídica de inferioridade do homem na reprodução humana, bem como traduz grave desvalor à dignidade e à personalidade humana do homem por colocá-lo em situação inferior diante das possibilidades de procriar, mesmo diante da similar natureza do intento reprodutivo para ambos os gêneros, ainda que considerados graus sociais e até biológicos diferentes.

Daí porque, sob o enfoque psicológico e do sofrimento humano diante dos possíveis dramas e tragédias envolvendo a reprodução e a prole, como, por exemplo, a perda, a doença ou violência contra filho, incabível minorar ou inferiorizar a condição do homem-pai, inclusive diante da mulher-mãe, sob qualquer aspecto. Tal realidade (condição do homem-pai) impõe repercussões no âmbito jurídico, pois essa constatação dá igual dimensão de vinculação afetiva do homem-pai e da mulher-mãe com a prole, apesar de ser exposta de forma diversa interna e externamente pelos gêneros; logo, necessário considerar essas repercussões, inclusive, diante da decisão de interromper a gravidez, pois se tal decisão afeta o psicológica e emocionalmente a mulher, também afeta no homem, ainda que possivelmente de forma diversa.

A importância normativa quanto ao reconhecimento da relação afetiva em mesmo nível para a mulher-mãe e para o homem-pai, relativamente ao direito à reprodução, por certo na esfera da paternidade responsável nem sempre presente, tem matriz na Constituição Federal, artigo 5º, I, o qual estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, igualdade essa reforçada pelo artigo 226, § 4º, o qual fixa “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Portanto, as questões culturais e o próprio âmbito do debate a respeito do aborto, geralmente centrados no direito reprodutivo e corporal da mulher, excluem ou minimizam

¹¹ Resolução Conselho Federal de Medicina-CFM nº 2.294/2021.

sobremaneira o direito reprodutivo do homem, relegando-o a plano secundário, realidade essa presente mesmo fora da controvérsia a respeito da interrupção da gravidez.

Nesse aspecto, necessário se faz inserir no núcleo dos debates a respeito do aborto, a necessária garantia legal e fática ao homem para poder reproduzir, tanto quanto se assegura o anseio reprodutivo feminino, como na decisão a respeito de não fazer o aborto, mesmo se o parceiro quiser a interrupção da gravidez. Essa garantia legal e fática ao homem é necessária em decorrência do imprescindível e improrrogável ajuste cultural e legal no âmbito das relações sociais para o equilíbrio entre os gêneros, sob certos aspectos historicamente ligados à mulher (reprodução), ajuste necessário diante dos novos papéis que as mulheres passaram a ter e ainda merece significativa ampliação na modernidade.

Incabível consolidar e ampliar a participação feminina em todos os espectros do convívio social (cultural, sexual, profissional, político, dentre outros), sem viabilizar cultural e juridicamente a readequação do papel masculino no mesmo espectro social, assegurando-se ao homem a proteção, sobretudo jurídica, para tal readequação, em especial no âmbito das relações familiares e reprodutivas, inserindo-se o tema do aborto nesse contexto.

A ampliação dos espaços femininos, sem o correspondente ajuste no espaço e direitos masculinos em temas outrora mais afetos ao espectro feminino, tais como a proteção ao convívio com os filhos e a própria reprodução, no qual o aborto se insere, ao invés de favorecer ao desenvolvimento do processo civilizatório importa mais desequilíbrios social e pessoal entre os gêneros, sob diversa roupagem cultural e jurídica.

Por isso, extremamente contraditório e inconstitucional (artigo 5º, I) não assegurar a participação do homem na decisão a respeito do aborto e, ao mesmo tempo, vinculá-lo ao resultado dessa decisão.

Assim, além de inconstitucional, evidencia fator não favorável ao processo civilizatório de igualdade de gênero, quando o homem é afastado da decisão a respeito do aborto. Tal consideração não exclui, nem diminui a necessidade e a profundidade do debate à provável circunstância de que muitos homens não se importam com a decisão do aborto, pois a evolução civilizatória impõe proteção exatamente àqueles que se importam. Exatamente por isso também o direito, sobretudo o artigo 5º, I, da Constituição Federal, deve proteger tais indivíduos, ainda que minoria no universo masculino, pois essa proteção favorece a própria razão de ser e finalidade da busca pela igualdade de gêneros, núcleo essencial da normatividade constitucional.

Essa realidade se evidencia com maior intensidade quando constatado que a mulher deseja realizar o aborto e o homem não quer, pois o inverso não é verdadeiro. Isto é, se o homem deseja que mulher aborte e ela não quer, será ele pai com todas as consequências sociais e jurídicas que a paternidade impõe.

Todavia, se o homem quer ser pai e a mulher não deseja, embora o embrião da qual é depositária tenha igual proporção de material genético feminino/masculino, a opinião e a vontade do homem não podem ser simplesmente ignoradas, sob pena de evidenciar contradição incivilizada, além de violadora da igualdade de gênero constitucionalmente assegurada (artigo 5º, I).

Eis a contradição em relação ao embrião composto por parte do corpo da mulher e do corpo do homem (material genético):

- a) o homem não quer ser pai e a mulher quer – o homem será pai de qualquer forma com todas as consequências sociais, jurídicas, psicológicas e econômicas dessa realidade; e
- b) o homem quer ser pai e a mulher não quer – o homem não será pai, com todas as consequências sociais e psicológicas decorrentes dessa realidade.

Então, a consequência da exclusão do homem do processo decisório a respeito do aborto corresponde à nulificação do direito reprodutivo do homem que concedeu seu material genético para a formação do embrião, direito esse inserto e assegurado pelo respeito legal e ético à dignidade, bem como à personalidade humana que lhe são afetos.

O princípio ético da evolução civilizatória pretendida com a igualdade de gênero impõe tratamento de via dupla, quando necessário e possível, mesmo diante do cediço desfavorecimento histórico à mulher nesse processo de igualdade.

Incabível ética e juridicamente nulificar o direito do homem a respeito do seu destino reprodutivo, quando o respectivo material genético já está instalado no processo reprodutivo humano, ainda que em fase inicial.

Outro enfoque à questão, consiste na necessária consideração do respeito ao material genético masculino, existente no embrião, porquanto esse material genético é parte do corpo masculino e, como tal deve ser respeitado física e juridicamente, como corolário da garantia fundamental ao direito de personalidade de cada indivíduo. Não é diferente por se tratar do tema aborto.

Não obstante, mesmo em contexto diverso (anonimato na reprodução assistida), aplicável aqui o núcleo da ideia de que “*ipso facto*, também expõe Petterle (2007, p. 113) que ‘como direito de defesa, o direito à identidade genética opera como uma barreira, invalidando

todos os atos atentatórios à identidade genética do ser humano, independentemente da natureza pública ou privada destes atos, sejam normativos ou não” (Reckziegel; Duarte, 2015).

Da mesma forma, traz à reflexão a abordagem seguinte, Rezende Júnior (2020, p. 345):

Por outro lado, para aqueles que defendem que é possível pensar o aborto como um direito, o principal problema, quando se considera a dignidade da pessoa humana, é compatibilizar a autonomia da mãe com a autonomia do nascituro. Como ambos são seres capazes de agir autonomamente, ambos deveriam ser tratados como pessoas e, enquanto tais, deveriam ter a inviolabilidade de suas vidas garantidas pelo direito.

A reflexão emergente dessa precisa abordagem consiste em que, quando da decisão a respeito da realização do aborto, além de ambas – autonomia da mãe e autonomia do nascituro – existe a autonomia do pai que deve ser tratado como pessoa e, por isso, ter protegida pelo sistema jurídico a inviolabilidade do respectivo direito à reprodução humana, à proteção da sua integridade física-psicológica pelo respeito à vontade de ser pai, e o material genético dele inserto no embrião.

Seja diante da igualdade constitucional de gêneros (artigo 5º, I), seja diante de imperativo ético, não há por que excluir a autonomia da vontade do homem-pai do *principal problema*, acima referido, consistente nas autonomias físicas, psicológicas e jurídicas dos partícipes da formação do embrião, na qual o homem está envolvido diretamente.

Reforça a necessidade de reposicionamento do homem no debate da reprodução humana a consideração do aspecto referente à identidade a ele inerente nesse contexto (reprodução humana). A partir do espectro da identidade como ferramenta eminentemente social, expõem Fraser e Lima (2012, p. 364): “a identidade é um instrumento fundamental para a individualização social e jurídica do ser humano, e que pode ser compreendida como a projeção pública de sua personalidade”. A questão genética passa a ser, assim, quanto às garantias de se permanecer como indivíduo irrepitível em todos os planos identitários, iniciando quanto à própria ascendência biológica (Reckziegel; Duarte, 2015).

Tal abordagem se aplica tanto à ascendência, quanto à descendência biológica, e a identidade do homem no respectivo direito de reproduzir também tem relevo na *individualização social e jurídica do indivíduo*, merecendo igual proteção àquela conferida à mulher e a qual deve ser concedida ao nascituro, desde a concepção ou a partir de algum momento da gravidez, conforme a posição ética, moral ou jurídica que se adote diante aborto, em face dos direitos do embrião.

Além dessa abordagem, é necessário considerar o direito do homem quanto ao respeito necessário ao respectivo material genético dele, parte do seu corpo contido no embrião, aspecto esse corolário da dignidade da pessoa humana, na qual está inserida a garantia da inviolabilidade do corpo.

Segundo Débora Gozzo e Deyse dos Santos, “dentre os direitos da personalidade está o direito ao corpo, nele incluídos os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, bem como a proteção ao cadáver. O corpo pertence à pessoa que nasce e representa sua expressão física de individualização na sociedade” (Gozzo; Santos, 2014).

Daí tem-se, igualmente, a necessária proteção ao direito de personalidade¹² do homem, inserto na proteção à dignidade da pessoa humana,¹³ que lhe assegura a integridade corporal, retratada no material genético fornecido para a formação do embrião, proteção essa do corpo humano contra qualquer ato que o prejudique fisicamente, sem o respectivo consentimento.

Por certo que o material genético do homem não está mais agregado diretamente ao corpo deste, pois o embrião está hospedado no corpo da mulher. Todavia, esse afastamento do corpo masculino do material genético destinado à finalidade específica da procriação não lhe retira a condição de parte do corpo do homem, ainda que utilizada para a formação do embrião; ou seja, não deixa de ser parte do corpo do homem o sémen que compõe o embrião, ainda que futuramente surja nova vida, pois consiste na vinculação genética existente entre os genitores e a prole, já que no material genético se encontram as características do próprio indivíduo, transmitidas diretamente ao eventual novo ser e está presente desde a concepção.

Tal aspecto também pode ser associado à proteção constitucional garantidora da inviolabilidade do direito à vida,¹⁴ porquanto parte da vida do homem está presente no material genético (sémen) que ele confere à formação do embrião, seja pela característica física em si da parcela do corpo cedida (óptica intrínseca), seja pela legítima expectativa da vida futura do embrião formado com esse material genético do homem (óptica extrínseca), o qual estará possivelmente presente no novo ser.

Assim, incabível excluir a participação do homem na decisão a respeito do aborto, porquanto atinge a proteção à dignidade da pessoa humana e a da personalidade do indivíduo,

¹² “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”, artigo 5º, X, da Constituição Federal.

¹³ Artigo 1º, III, da Constituição Federal.

¹⁴ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” – artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

seja na garantia de igualdade na reprodução humana, seja na proteção à integridade física correspondente ao respectivo material genético que compõe o embrião.

4. LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DA VONTADE NA DECISÃO SOBRE O ABORTO

A inserção do homem no processo decisório sobre o aborto traz ao debate a autonomia da vontade da mulher no tema, porquanto tem sido fator de relevo, quiçá principal, na análise do tema da autonomia da vontade da mulher em reproduzir ou decidir isoladamente a respeito da gravidez, o argumento da titularidade do corpo no qual se desenvolve o embrião.

A centralidade da autonomia da vontade fica evidenciada nos próprios textos normativos que legalizam a prática do aborto, podendo-se citar por exemplo:

Argentina – Lei nº 27.610/2021:

Artículo 1º Objeto. La presente ley tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo e a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en o materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

Artículo 2º Derechos. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a:

a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley; [...]

Artículo 5º - [...]

d) autonomía de la voluntad. El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. [...]

Artículo 7º Consentimiento informado. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito [...].”

França – Lei nº 2.212/2021:

Article L2212-1 La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. Toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables.

Espanha – Lei nº 2/2010:

PREÁMBULO

La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos. La especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva ha sido puesta de manifiesto por diversos textos internacionales.

Artículo 12. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Artículo 13. Requisitos comunes.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Tercero – Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Uruguay – Lei nº 18.987/2012:

Artículo 1 (Principios generales). - El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo I de la Ley nº 18.426, de 1º de diciembre de 2008. La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos. (*) Notas: Ver en esta norma, artículo: 15 (vigencia).

Artículo 2 (Despenalización). - La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gestación.

Artículo 3 (Requisitos). - Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

A autonomia da vontade está inserida no contexto da liberdade de agir, não agir, pensar, expressar, e mover-se do ser humano, dentre outros. Rivero, citado por José Afonso da Silva, traz interessante definição: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Esta definição é complementada pelo próprio autor que indicou: “vamos um pouco além, e propomos o conceito

seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (Silva, 2004, p. 232).

No tema, a decisão a respeito do aborto não estaria apenas no espectro de autodeterminação sobre comportamento próprio ou ato consciente para a realização da felicidade pessoal no âmbito exclusivo da liberdade da mulher, porquanto o aborto não é ato afeto apenas ao respectivo interesse, na medida em que afeta diretamente interesse e direitos de outrem – do homem e do nascituro, sendo deste, no mínimo, a partir de algum momento da gravidez.

A esfera psíquica, física e jurídica do homem no contexto do aborto é diretamente afetada, porque a paternidade em si traz forte impacto nessas esferas da vida do indivíduo; logo, tais impactos não podem ser relegados à decisão exclusiva de outrem.

Efetivamente, a garantia à liberdade não é absoluta, nem poderia, pois a liberdade para agir ou coordenar os meios e o comportamento para a realização da felicidade pessoal esbarra, exatamente, no mesmo direito de liberdade do homem, embora o embrião esteja alojado no corpo da mulher, em buscar a felicidade pessoal via reprodução humana.

Logo, o núcleo de proteção da norma constitucional à liberdade da mulher é exatamente o mesmo da proteção à liberdade do homem, não havendo qualquer discrepância normativa no particular, como ocorre em algumas situações em que a Constituição Federal estabelece distinção entre o homem e a mulher decorrente dessa própria realidade (Canotilho, 1993).

André Ramos Tavares (2019, p. 477) cita que “três são as hipóteses em que há tratamento privilegiado da mulher em função de sua condição. É o que se dá com a licença à gestante (art. 7º, XVIII), com a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos próprios (art. 7º, XX), e com o prazo, menor, para obter a aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, III, *a e b*, e 201, § 7º, I e II)”.

Destarte, a liberdade de decisão da mulher na situação do aborto não é absoluta porque esbarra na mesma garantia constitucional conferida ao homem e não está excepcionada como em outras situações. Daí necessário preservar o *núcleo essencial* da proteção normativa basilar a ambos os gêneros na mesma intensidade e forma, pois equiparados expressamente em direitos e obrigações (art. 5º, I).

As circunstâncias biológicas, sociais e econômicas da mulher não justificam *prima facie* tratamento não isonômico, isto é, não justificam a exclusão do homem da decisão a respeito do aborto por ela pretendido.

O aspecto biológico pode ser tratado de diversas formas, sendo duas essenciais: a) o embrião como parte do corpo da mulher e, por isso, o destino deste somente a ela caberia decidir, e b) as consequências físicas da gravidez seriam restritas ao corpo da mulher.

Poder-se-ia considerar o embrião como parte do corpo da mulher, senão durante toda a gravidez, ao menos até certo momento. Sob essa óptica, segundo Resende Junior:

Antes disso, o feto seria apenas uma parte do organismo da mãe, encontrando-se, assim, submetido à autonomia da mãe. Dessa perspectiva, procedimentos abortivos realizados até a vigésima segunda semana de gestação teriam o mesmo *status* de qualquer procedimento médico realizado pela mãe em seu organismo, logo, seriam um direito subjetivo da mãe. (Resende Junior, 2020).

Sob a óptica do direito à reprodução humana tal perspectiva não procede, porque o corpo da mulher é o *locus* da natureza para o desenvolvimento do embrião e, por isso, tal realidade – *locus* natural – não concede à mulher a titularidade exclusiva do embrião por estar integrado ao seu corpo, pois isso significaria conceder a titularidade exclusiva da própria existência da vida humana, desconsiderando todo o processo natural de perpetuação da espécie. O corpo da mulher é o principal vetor para o surgimento de outra vida autônoma, embora não o único, pois a reprodução humana diz respeito também ao homem como parte necessária nesse processo da natureza, tanto em relação ao material genético, quanto ao aspecto sociocultural, sem a exclusão do possível direito autônomo à existência do nascituro, tema esse não objeto desta abordagem.

A perspectiva da reprodução humana afasta tal titularidade independentemente do estágio de desenvolvimento do embrião, porquanto traduz a própria *ratio essendi* da natureza reprodutiva da espécie, anterior ao próprio início do processo reprodutivo, sendo qualquer circunstância da fase inicial de desenvolvimento do embrião em relação ao corpo da mulher, apenas estágio desse processo, cuja realidade biológica não infirma a necessária consideração dessa realidade natural e do direito à reprodução humana de toda a espécie, inclusive do homem.

Além disso, quando necessária durante a gestação, a evolução da ciência tem ocasionado a redução do tempo de gestação para desenvolvimento do embrião em incubadoras – há alguns anos 28 semanas, hoje 22 semanas ou menos. Isso demonstra que a simbiose biológica da fase inicial da gravidez não afasta a possibilidade de reprodução humana sem o corpo da mulher, podendo o prazo para o desenvolvimento do feto reduzir ainda mais no futuro.

Por isso, a dependência física do embrião do corpo da mãe, por certo período, não lhe permite considerá-lo como extensão física do seu próprio corpo. Igualmente, do corpo da mulher não faz parte o material genético do homem que compõem o embrião.

Consequentemente, incabível a segmentação das fases iniciais da gestação, na qual o embrião está biologicamente vinculado ao corpo da mulher, a fim de conferir-lhe condição decisória privilegiada em relação ao homem, e possivelmente em face do nascituro, para o desenvolvimento e a conclusão do processo reprodutivo.

Quanto ao segundo aspecto biológico, consequências físicas da gravidez restritas ao corpo da mulher, além da abordada questão própria de ser fruto da natureza, tem-se nisso consequência positiva ao final, pois confere à mulher posição de destaque no processo reprodutivo, privilégio esse que repercute na própria organização social e cultural, em relação à proteção e cuidado da prole.

A realidade de modificação e alteração do corpo da mulher durante a gravidez, muitas vezes com sofrimento físico durante os meses de gestação, em si, não lhe confere a primazia decisória do processo reprodutivo humano, por ser consequência da natureza da espécie; logo, sendo intrínseco à natureza do ser, incabível considerar tal aspecto fator de desequilíbrio no processo reprodutivo do qual depende a espécie e o outro partícipe também com o direito de reproduzir – o homem.

Além disso, apesar de possível sofrimento do processo de gravidez, decorre desses meses relação física da mulher e do embrião nascituro, projeta-se nos meses que sucedem ao nascimento, pois conferem à mulher-mãe posição própria e exclusiva na reprodução humana, cujo ambiente ideal não se encerra com o nascimento.

Interessante a abordagem desse contexto pós-nascimento sob a óptica da necessidade humana do útero cultural, isto é, a necessidade de cuidados com o recém-nascido para sobreviver (Resende Junior, 2020). Diferentemente de outras espécies, a humana necessita de muitos cuidados após o nascimento e durante anos iniciais para que a nova vida tenha condições de se estabelecer e se desenvolver, prolongando a própria função e importância da mulher no processo reprodutivo.

Portanto, os aspectos biológicos e socioculturais que envolvem a realidade da mulher no processo reprodutivo humano não podem ser considerados justificativas válidas para que a mulher seja a única a decidir a respeito da realização do aborto.

5. IGUALDADE DE GÊNERO NA DECISÃO A RESPEITO DO ABORTO – NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO HOMEM

No contexto da reprodução humana, tanto pelo aspecto biológico, quanto sociocultural, incabível excluir o homem da decisão a respeito da realização do aborto, isto é, incabível conferir à mulher exclusividade para realizar o aborto por vontade própria, sem a oportunidade e concordância do homem que tem a expectativa de ser pai, de reproduzir por meio do embrião que contém o respectivo material genético.¹⁵

Nos dizeres de Maria Garcia,

verifica-se, com efeito, na problemática do aborto, legalizado ou não, total desconhecimento da pessoa, da vontade, da consideração e da dignidade do participante masculino. Criou-se, culturalmente, a conclusão de que o homem não pretende participar desse fato e, portanto, a mulher decidirá, unilateral e livremente, sobre o abortamento do produto de ambas as participações, atribuindo-se ao homem, a priori, a insensibilidade ou indiferença pela condição feminina da gravidez, em suma, a não responsabilidade. (Garcia, 2018, p. 57).

Diante da igualdade de gêneros constitucionalmente estabelecida e não excepcionada, a situação do aborto como em outras hipóteses (artigo 5º, I), necessária prévia informação ao homem do interesse da mulher em realizar o aborto, a fim de que ele se manifeste sobre essa pretensão, em prazo razoável que não impeça a possibilidade, pelo decurso do tempo, o qual se estima não dever ser inferior a cinco dias, nem superior a dez. A informação para manifestação deve ser por qualquer dos muitos meios de contato existentes, desde que inequívoca a ciência. Da mesma forma, a resposta do homem no prazo estabelecido pela norma.

Portanto, se a legislação autorizativa prever a possibilidade do aborto até a 22ª semana, como a lei da Argentina, tal prazo deve incluir a intimação prévia do homem para que ele possa se manifestar no prazo determinado. Na prática, importa redução para a viabilidade jurídica do ato de abortar, correspondente aos dias legalmente previsto para a manifestação.

A necessidade de manifestação prévia e concordância do homem para a realização do aborto, por imperativo lógico, impõe ter ele conhecimento da gravidez e da própria paternidade, seja pela informação da mulher, seja pela presunção legal, quando tal gravidez se der na constância do casamento ou de união estável.¹⁶

Se a mulher não tem conhecimento de quem seja o possível pai, não há necessidade de comunicação ou autorização para a realização do aborto, por evidente.

¹⁵ No mesmo sentido, Maria Garcia aduz: “*Nessa conformidade, estabelecido que seja o abortamento legal, necessário será o consentimento masculino, previsto na norma, especificamente.*” In Os Sentidos da Liberdade: Aborto, uma Decisão Igualitária perante a Lei, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 106, ano 26, p. 59, Ed. RT, mar-abr, 2018.

¹⁶ Lei nº 9.278/1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em 05/06/2023.

Por outro lado, se souber a mulher quem seja o homem e a ele não informa o intento de abortar, sujeitar-se-á ela à mesma possível sanção que vier a ser estabelecida para a realização do aborto não anuído pelo possível pai, seja pela ausência de informação prévia, seja pela negativa dele.

São três as alternativas essenciais de manifestação do homem, sem considerar o relevante e necessário debate do tema sob o enfoque do nascituro, o qual não é objeto desta análise: a) ausência de resposta; b) concordância; c) discordância.

A ausência de resposta equivale à concordância tácita. Portanto, cientificado o homem e quedando-se silente, a omissão equivalerá à anuência, ficando autorizado à mulher realizar o aborto, nos termos e condições que a legislação estabelecer.

A concordância, por óbvio, revela conjunção de vontades para a interrupção da gravidez, nos termos que a legislação fixar, inclusive, com as restrições, sobretudo as temporais, porquanto nelas serão fixados o termo inicial da vida a ser protegido contra o ato de abortar.

A controvérsia surge, efetivamente, quando o homem se opuser à realização do aborto pretendido pela mulher.

Nesse caso, em face do sistema natural de reprodução humana e em decorrência da garantia constitucional da igualdade de gêneros (artigo 5º, I), além da proteção à dignidade da pessoa humana e à personalidade do homem (artigo 1º, III), sendo contrária à realização do aborto a manifestação do homem, não poderá a mulher realizar a interrupção da gravidez sem sofrer as consequências jurídicas na legislação prevista.

A oposição do homem ao aborto o vincula à paternidade, com maior ênfase, em todas as consequências daí decorrentes, sobretudo ao apoio material possível e ao suporte emocional à mulher, ao nascituro, e ao futuro descendente, merecendo maior rigor e agravamento das sanções ao homem que, após negar a possibilidade de aborto à mulher, deixar de atender às responsabilidades paternas, exacerbadas em tal circunstância.

Em outras palavras, a recusa impõe ao homem o dever da paternidade responsável, pois a existência da nova vida estará ligada à decisão que ele tomou, inclusive, tornando a gravidez período de enorme dificuldade, além do natural, elevando sobremaneira o ônus da maternidade não desejada. Por isso, a falta de responsabilidade do homem, decorrente dessa decisão, merece sanção própria e correspondente à gravidade da conduta.

A circunstância de a mulher que queria abortar vier a suportar a gravidez contrariada, bem como a própria maternidade, não constitui fator a afastar do direito à reprodução humana do homem, seja por ser essa realidade decorrer da natureza, conforme abordado acima, seja

porque o inverso também é verdadeiro; isto é, homem que não almejava ser pai, será contrariado e terá que assumir todas as consequências da paternidade que não desejou. Daí, tanto pelo enfoque da reprodução humana, quanto pela igualdade de gênero, terá a mulher que suportar a gravidez e a maternidade indesejada, na hipótese de recusa do homem à realização do aborto, adotando todos os cuidados ao seu alcance, necessários para preservar a vida e o bem-estar do nascituro, tal qual já ocorre com o homem que não desejou a paternidade.

O caso de recusa ao aborto do homem abarca, após o nascimento, a possibilidade facilitada à mãe de indesejada gravidez de deixar aos cuidados do pai o nascido, o qual deve estar ciente da possibilidade como consequência da própria recusa que manifestou, merecendo tal possibilidade ser prevista em lei, inclusive, vedando ao homem recusar o acolhimento da prole *ab initio*, se assim desejar a mãe.

Por certo, muitas questões práticas e delicadas surgem na hipótese de negativa do homem à realização do aborto, as quais merecem o máximo de reflexão e de medidas para minimizar as consequências da divergência entre os genitores. Contudo, nenhuma dessas dificuldades é suficiente para retirar do homem direito à reprodução humana, como fator relevante para o fortalecimento do intento civilizatório da igualdade de gênero, o qual, nessa hipótese, representa elevado ponto de culminância, justamente por ser contramajoritário, sob o aspecto de que, em regra, a defesa da igualdade de gênero visa proteger a mulher e objetiva aumentar a respectiva participação nas relações sociais e econômicas.

A abordagem aqui tratada tem como referência basilar que a gravidez não se deu por meio de violência, isto é, decorreu de ato volitivo das partes, ainda que não intencional. A gravidez decorrente de ato de violência já é tratada e autoriza *ex lege* a realização do aborto, sendo igualmente permitida a conduta se necessária para salvar a vida da gestante.¹⁷

Da mesma forma, o quanto aqui tratado não considera a hipótese de gravidez de embrião sem possibilidade de vida extrauterina, tal como ocorre com o feto anencefálico, cujo debate foge ao âmbito deste trabalho, por estar mais correlacionado aos possíveis direitos do nascituro, ainda que nessas circunstâncias.

Aspecto delicado no tema consiste na possível intervenção estatal, via judiciário, na decisão de abortar para impedir o homem de exercer sua parcela no processo decisório, ou para nulificar tal decisão, pois essa intervenção configura ato imutável em breve espaço de tempo,

¹⁷ Artigo 128, I e II, do Código Penal.

pois afeta ao âmbito da urgência, normalmente impedindo revisão, e, realizado o aborto, nada mais poderá ser feito para reparar a situação.

6. CONCORDÂNCIA DO HOMEM PARA ASSEGURAR HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NA REPRODUÇÃO HUMANA

A efetividade do princípio da igualdade de gênero (artigo 5º, I, da CF), assecuratória do direito ao homem de ser consultado e se opor à intenção da mulher em realizar o aborto, além de também viabilizar o respeito à garantia constitucional à dignidade humana e da personalidade do homem (artigo 1º, III), viabiliza necessária harmonização do sistema jurídico, porquanto confere ao homem a mesma posição dignificada na reprodução humana dentro desse sistema, seja para ser partícipe ativo na decisão da concepção, seja nas consequências jurídicas dessa decisão.

O aspecto dessa igualdade de posição jurídica é relevante para a própria harmonia mínima do sistema jurídico na regulação das relações sociais, pois, quando a mulher deseja reproduzir, isto é, deixar o embrião transformar-se em nova vida, não cabe ao homem, nem deve ser permitido, opor-se à decisão e, assim, mesmo não querendo reproduzir, será pai com todas as consequências jurídicas e sociais dessa realidade não desejada. Não pode o homem, nem deve poder, eximir-se da realidade de pai, porque não quis a concepção de nova vida, para a qual contribuiu com seu material genético, consciente ou inconscientemente. Qualquer gesto no sentido de favorecer ao aborto, contrariamente à vontade da mulher, significa cometimento de crime.

Por isso, o sistema jurídico já está ajustado para impor ao homem todas as consequências da paternidade, voluntária ou não, consequências essas necessárias para assegurar a possibilidade do máximo possível de responsabilidade para aquele que participa da concepção da nova vida, podendo chegar ao extremo da prisão, em caso de recusa de pagamento de alimentos, inclusive, ao nascituro.

Assim deve ser.

Todavia, não assegurar ao homem o direito igual de ser pai, nas mesmas circunstâncias em que a concepção da vida não foi voluntária, seja para ele, seja para a mulher, significa desarmonizar de forma insustentável o sistema jurídico, além dos aspectos já abordados, porque retiraria do homem, todo e qualquer direito à reprodução humana na forma por ele desejada,

impondo-lhe ser pai quando não queira, mas não lhe assegurando o direito de ser pai quando deseja, diante da oposição da mulher, isto é, não lhe concedendo o sistema jurídico direito algum em ambas as situações (não desejar e desejar ser pai). Essa realidade retiraria do homem qualquer direito subjetivo na reprodução humana, mantendo-lhe apenas as obrigações, circunstância essa incompatível com o necessário e previsto tratamento isonômico, constitucionalmente assegurado (art. 5º, *caput* e inciso I).

Tal realidade desequilibraria o sistema jurídico a ponto de ferir a Constituição nos diversos dispositivos anteriormente citados, na medida em que nulifica a igualdade de gênero, a proteção à dignidade humana e à personalidade do homem, além do próprio princípio fundante do Estado Democrático de Direito, inserto no tratamento igualitário perante a lei.

7. AUSÊNCIA DA AUTORIZAÇÃO DO HOMEM PARA A REALIZAÇÃO DO ABORTO – SANÇÕES POSSÍVEIS

Considerada necessária a informação e a concordância do homem para a realização do aborto, surge a conseqüente possibilidade de infração do dever legal por parte da mulher, sendo necessário abordar as possíveis sanções.

Os profissionais eventualmente envolvidos na realização do ato médico do aborto, certamente, devem exigir a comprovação da ciência e a autorização do homem ou a ausência de manifestação deste antes da realização do procedimento, sendo tal exigência apenas outra dentre as necessárias, tais como o consentimento informado da própria mulher.¹⁸ Não respeitando tais exigências, os profissionais deverão estar sujeitos às sanções previstas para a mulher que não atender ao requisito da informação/autorização do homem, além das sanções administrativa-profissionais previstas nos regulamentos específicos dos Órgãos de classe correspondentes, responsáveis pela fiscalização da atuação profissional.

Quanto às sanções possíveis para a hipótese de ausência de informação/consentimento do homem para a realização do aborto, tem-se as possibilidades de natureza penal, administrativa e civil. Muito se tem discutido a respeito da (des)criminalização do aborto, por considerar-se excessivo qualquer grau de punição criminal por essa infringência.

Maria Garcia aborda o tema aduzindo:

O aborto não é, certamente, um bem em si mesmo. Nem é o caso de considerá-lo uma alternativa aceitável para a superação de problemas relacionados ao

¹⁸ Na reprodução assistida, Resolução nº 2.294/21 – CFM, por exemplo,

descontrole da natalidade, gerados no Brasil por um quadro social extremamente complexo, que tem na miséria, na desinformação e na ausência de uma política demográfica racional e moderna suas raízes mais profundas”. E continua, “manter, contudo, a atual sistemática, que estabelece como crime a interrupção da gravidez, é fechar os olhos a uma realidade tão ampla quanto dramática. A legislação em vigor é em tudo ineficaz e irrealista. Sua hipocrisia já se revela no fato de que abre mão, quando se trata de estupro, do tão defendido direito do feto à vida – reconhecendo, portanto, a prevalência do desejo da mãe de interromper a gravidez. Ademais, a sociedade nada ganha e de nada se preserva ao determinar a punição da mulher que opta por um ato que, por si só, já implica uma forte carga de emocionalismo e sofrimento”. A proposta, entretanto, “é de descriminalização do aborto. A mulher que aborta cumpre uma pena contra si mesma, no seu próprio corpo, e necessita, efetivamente, de informação e proteção para não reincidir e decidir sobre o seu próprio caminho sem entraves e temores. (Garcia, 2018, p. 53)

O grau de punição daqueles que descumprem a lei consiste em elemento dos mais controvertidos na esfera jurídica, por estarem inseridos, nesse aspecto, diversos elementos não jurídicos, calcados nos valores culturais, sociais e políticos dos que sugerem ou fazem as normas sancionadoras.

A ausência de punição adequada e suficiente enfraquece a própria eficácia da norma, no extremo, podendo transformá-la em mera intenção programática ou em mera advertência moral. Por isso, a ausência de sanção para as situações envolvendo o aborto configuraria forma transversa de favorecer a realização daquilo que se pretende proibir ou permitir com restrições, isto é, desde que atendidos os requisitos legais necessários para a licitude do ato, tais como o momento da gravidez ou a ciência/autorização do homem.

Das sanções possíveis envolvendo o aborto, seja na proibição, seja na permissão com restrições legais, difícil afastar a esfera criminal, por se tratar de tema envolvendo a vida humana diretamente, mesmo diante da exceção pela drástica e trágica realidade do aborto consentido em caso de estupro, pois a vida gerada pela terrível violência e não protegida pelo ordenamento jurídico, teve afastada a proteção da esfera penal, justamente por ter outro crime antecedente e grave delito (estupro), o qual assume o plano principal da incidência das normas penais, como ocorre também em ato que retira a vida de outrem em legítima defesa (o crime anterior da vítima, exclui a punição penal do autor da morte). Diante da inexistência de crime antecedente grave, a proteção à vida e sua violação assume o plano principal na incidência das normas penais, tal qual o homicídio. Consequentemente, a infringência aos bens jurídicos especificamente protetores da vida humana é sancionada na esfera criminal, em graus diversos,

desde prestação de serviços comunitários, os quais somente são estabelecidos na esfera penal,¹⁹ até a prisão por muitos anos.

A Lei Argentina, por exemplo, permite a realização do aborto, mas mantém a aplicação de leis penais na realização em desconformidade com a norma.²⁰

A dosimetria da punição é tão importante quanto o próprio bem jurídico da norma que se pretende sancionar o descumprimento, devendo haver equivalência entre ambos, sob pena de afetar a eficácia da regulação normativa e o poder de persuasão dos indivíduos para não praticarem o ato que se espera não seja praticado.

O debate a respeito da descriminalização do aborto, muitas vezes está afeto à dosimetria da reprimenda e não à própria atuação do direito penal, o qual dificilmente pode ser afastado em ilicitudes envolvendo a vida humana, pois incabíveis sanções apenas de natureza administrativa ou civil para proteger o bem jurídico de maior relevo, qual seja, a vida, que na Constituição brasileira é direito fundamental a ser protegido (artigo 5º, *caput*) e retratado na própria razão de ser do Estado, via proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Portanto, merece ser tratada pela óptica da dosimetria a questão da punição na esfera penal do aborto ilegal, seja quando proibido, seja quando permitido, mas realizado com ilicitude. Por envolver dramas humanos de alta complexidade, o grau de punibilidade deve considerar que, no caso do aborto, a motivação para o ato raramente é torpe ou sem justificativas de ordem social, econômica, emocional, afetiva, familiar, todas de grande importância para os envolvidos, em especial para a mulher, cujo peso da decisão envolve muitos ou todos esses aspectos.

Embora o peso desses aspectos todos não possam ser suficientes para conferir à mulher o poder de decidir exclusivamente a respeito da realização do aborto, conforme aqui abordado, são eles elementos basilares na fixação da sanção por ilegalidade na interrupção da gravidez. Por isso, mesmo na esfera penal, a sanção da mulher deve ser compatível com a complexidade dos dramas humanos envolvidos, devendo ser tratado sob o enfoque de delito de menor potencial ofensivo e focado na ressocialização via apoio psicológico/emocional para a compreensão do desvalor social e jurídico do ilícito praticado. Redução da carga punitiva penal

¹⁹ Inviável a coerção física para a prática de qualquer como punição fora da esfera penal, em regra, salvo prisão falta de pagamento de alimentos, por sinal grave e questionável; ou seja, na esfera cível ou administrativa é incabível a pena restritiva de liberdade em qualquer grau e prestar serviços comunitários em determinado local, horário e período, implica certo nível de restrição à liberdade. Considera-se também de natureza penal juvenil as punições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em face da inaplicabilidade das leis penais aos maiores de idade.

²⁰ Artigo 16, Lei nº 27.610/2021, que altera o artigo 86, da Lei Penal da Argentina.

não implica retirar a consequência do próprio desvalor da sanção dessa natureza por se tratar de ilícito vinculado à proteção à vida, talvez a maior punição, independentemente da baixa carga punitiva na dosimetria.

O homem que se manifestar contra o aborto e depois não exercitar a paternidade de forma responsável, também, merece sanção na esfera penal, seja como agravante nas punições existentes, seja como tipo penal próprio, com forma de valorizar a própria vida nova e a importância da igualdade de gêneros.

Dessa realidade, é incabível a descriminalização de ato contra a vida. Deve-se *sopesar* da realidade para *adequar* a reprimenda, o desvalor social da conduta, à realidade sociocultural vigente.

Contudo, a abolição da punição à conduta violadora do direito à vida, constitucionalmente protegido, significa retirar-lhe a eficácia, pois a violação constitucional estaria *desprovida* de reprovação real.

As consequências na esfera administrativa existem para os profissionais que atuarem no procedimento do aborto ilegal e, eventualmente, podem existir tanto para a mulher que praticar o aborto ilícito, quanto para o homem que favorecê-lo ou não exercer a paternidade responsável, tais como a impossibilidade de contratar com o poder público, perda de direitos políticos, dentre outros já existentes no sistema jurídico.

A esfera civil, igualmente, caberá consequências tanto para a mulher, quanto para o homem, em função da decisão de abortar. Caso pratique o aborto ilícito, poderá a mulher estar sujeita a dano moral em favor do homem que não teve o direito à paternidade respeitado. Por outro lado, o homem que se opuser ao aborto, no exercício do direito à paternidade e não a exerça da forma correta e completa, também deverá estar sujeito à indenização civil específica por essa conduta, sem exclusão de qualquer outra correlacionada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Geralmente, a questão do aborto tem sido debatida sob o enfoque do direito à mulher sobre o próprio corpo e a maternidade como ponto fundamental, inserido no âmbito do direito subjetivo feminino, enfoques esses (direito ao corpo e maternidade) confrontados com o direito do nascituro de existir, independentemente da vontade da mulher, por se tratar de ser vivo, cuja expectativa de vida futura merece proteção tal qual a vida já existente.

Desse debate é excluída, em regra, a realidade masculina, seja como ser humano com direito à reprodução, independentemente da vontade exclusiva da mulher; seja como sujeito de direito à proteção da dignidade da pessoa humana e da respectiva personalidade, em ter respeitado seus sentimentos, desejos de paternidade e o material genético, parte do respectivo corpo, que forneceu para o embrião e para a possível vida futura.

Assim, necessário inserir no debate a perspectiva do direito do homem, no contexto da reprodução humana, perspectiva essa mais adequada para a abordagem do tema do aborto, pois abrange todos os envolvidos, bem como os direitos e os deveres que lhes são correspondentes antes e depois da consecução da maternidade/paternidade.

Considerada a perspectiva da reprodução humana com a necessária participação do homem, seja sob o aspecto do material genético, seja sob o aspecto psicossocial e jurídico, no tocante à garantia de igualdade de gêneros, dignidade da pessoa humana e proteção à personalidade masculina, tem-se como incabível a exclusão do homem da decisão de abortar, não sendo tal decisão inserida no âmbito exclusivo do direito subjetivo da mulher, fazendo-se necessário o prévio conhecimento e a anuência do homem para a prática do aborto.

Enfim, conclui-se no mesmo sentido de Maria Garcia (2018, p. 59):

Se, portanto, biológica, jurídica e eticamente, o homem participa do ato originador da gravidez, como excluir seu consentimento no aborto – considerando-se, ademais, o seu direito a ter esse filho e, individualmente e responsabilmente, prover sua existência, criação e cuidados!

REFERÊNCIAS

AHMAD, R. B. R. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009.

ARGENTINA. Ley 27.610. **Boletín Oficial**. Legislación y Avisos Oficiales. 15/01/2021.

BARBOSA, Rosana. Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: produzindo classes distintas de mulheres? In: GROSSI, Miriam. et al. (Orgs.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021. **Diário Oficial Da União. Órgão: Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais/Conselho Federal de Medicina**. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. São Paulo: Almedina, 1993.

ESPAÑA. **Diário da República nº 2/2010**. Série I de 2010-01-05.

FRANÇAISE, Republique. 2.212/2021. **Legifrance**. Code de la santé publique: Livre II: Interruption volontaire de grossesse. 2021.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas. LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Journal of Human Growth and Development**, v. 22, n. 3, p. 358-366, 2012.

GARCIA, Maria. Os Sentidos da Liberdade: Aborto, Uma Decisão Igualitária perante a Lei. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Vol. 106, ano 26, p. 59, Ed. RT, mar-abr, 2018.

GOZZO, Débora; SANTOS, Deyse dos. **A Disposição do Corpo como Direito Fundamental e a Preservação da Autonomia da Vontade**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>. Acesso em 05/06/2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RECKZEIGEL, Janaína; DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. Horizontalidade dos Direitos Fundamentais e Reprodução Humana Assistida. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ed. UNIJUÍ, ano 3, nº 6, jul/dez – 2015, p. 93/116.

RESENDE JUNIOR, José de. Reflexões sobre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana numa perspectiva Kantiana. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; SILVA, Paulo Fraga da; ROCHA, Renata da; CAMPATO, Roger Fernandes. **Biodireito, Bioética e Filosofia em Debate**. São Paulo: Almedina, 2020.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

URUGUAY. Republica Oriental Del. Ley n. 18.987, de 30 de octubre de 2012: Establecen normas relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo. **Registro Nacional de Leyes y Decretos** [Internet]. 2012 Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1047053.htm>. Acesso em 05/06/2023.

Recebido – 05/06/2023

Aprovado – 14/11/2023