

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, EMINENTE
RELATORA DA ADPF N° 442**

A UNIÃO DOS JURISTAS CATÓLICOS DE SÃO PAULO (UJUCASP), associação de natureza civil e cultural, com personalidade jurídica e sem fins lucrativos, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o nº 16.550.688/0001-13, com sede à R. João Ramalho, 182 – Perdizes, São Paulo, Capital, endereço eletrônico: ujucasp@ujucasp.org.br, por seus advogados infra-assinados, com escritório para os fins do disposto no inciso V do artigo 77 do Código de Processo Civil, situado na Alameda Jaú, nº 1742, 14º andar, CEP: 01420-002, Capital do Estado de São Paulo, endereço eletrônico: ives@gandramartins.adv.br, (docs. **01 a 04**), vem à presença de V.Exa., requerer seja admitida sua intervenção na ADPF nº 442, como “*amicus curiae*”, inclusive para a produção de sustentação oral, nos termos permitidos pelo art. 6º, § 2º, da Lei nº 9882/99, pelas razões que passa a expor:

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, representado por seu Presidente, Luiz Araújo, invocando esta Suprema Corte como guarda da Constituição, com fundamento no disposto no artigo 102, § 1º da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, indicando como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar referidos na Constituição (art. 1o, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º), para que seja declarada **a não recepção parcial** dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940), ou seja, a **descriminalização do aborto voluntário induzido ou consentido nos primeiros três meses da gravidez**, conforme o pedido definitivo que visa **excluir do âmbito de incidência a completude da ação perpetrada tanto pela gestante quanto por quem o provoque**.

A razão primordial que leva a apresentar-se como *amicus curiae* altamente comprometido com a causa, com base no artigo art. 6º, § 2º da Lei 9.882/99 que prevê **a presença dos interessados no processo**, fundamenta-se em primeiro lugar na natureza da **UJUCASP** cujo **próprio estatuto determina em seu artigo 4º**, (documento anexo) um de seus principais objetivos, qual seja o de “**proteger a vida humana desde a concepção até a morte**”, no caso, **amplamente ameaçada**, como passa a expor através da **análise jurídico-filosófica** que sustenta esta defesa e que se baseia em cinco pontos radicais:

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

- a) a **carência de sujeito e objeto**, de acordo com os artigos 330 e 487 do novo Código de Processo Civil, por **falta de legitimidade e falta de legalidade do pedido**, em se tratando de **partido político** que deveria veicular a questão entre seus iguais e **segundo a representatividade social bem em matéria referente a políticas públicas e falta de controvérsia judicial relevante do preceito que se considera violado**;
- b) falta de fundamentação jurídica pela **interpretação incoerente e inconsistente dos diplomas legais**, através de uma deturpação pragmático-política do sentido e propósito dos dispositivos elencados e de sua hermenêutica sistêmica;
- c) correta interpretação dos dispositivos invocados com relação ao Direito Internacional e Brasileiro;
- d) a **transcendência jurídico-legislativa** da decisão em questão em termos de **arbitrariedade e proliferação do “crime seguro”**;
- e) necessidade de uma **verdadeira defesa da mulher**, incompatível com o pedido em questão.

Portanto, **em matéria tão decisiva para o direito e a vida – e não a morte!** – **em sociedade**, a presença de *amici curiae* garante efetivamente o princípio do **pluralismo democrático**, pedra angular do Estado de Direito em seu perfil atual, permitindo que interessados, como a requerente, possam participar do processo, fornecendo informações, argumentos jurídicos e subsídios técnicos de modo a demonstrar ao Tribunal as repercussões e implicações do preceito suspeito de inconstitucionalidade e de sua eventual, e no caso, drástica, falsa interpretação.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Torna-se absolutamente necessário que matéria de tal teor como a vida não seja decidida **sem plena representatividade de uma maioria que defende, valoriza e preserva esse direito**, sendo como afirmou a Professora Mary Ann Glendon, da Harvard Law School, “*voice of the voiceless*”¹.

Portanto, a UJUCASP vem, através de vossa Excelência, solicitar aos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, guardião maior do texto constitucional, que escutem a voz daqueles que defendem os verdadeiros direitos humanos que o diploma reconhece e protege, à falta de uma “curadoria do nascituro” no Ministério Público.

Sendo o direito à vida o mais fundamental dos direitos inerentes à pessoa humana, e versando a ADPF nº 442 sobre sua extinção até os três meses, entende a requerente ter legítimo direito de ingressar na presente arguição, como “*amicus curiae*”, na defesa desse direito desde a concepção, já que é esse um de seus objetivos constitutivos, tratando-se outrossim de **um direito que o Estado pode apenas reconhecer**, e não criar, como qualquer outro daqueles inerentes ao exercício do poder.

Assim, considerando a **relevância da matéria**, uma vez que os dispositivos impugnados, se abolidos do ordenamento, trarão conseqüências funestas não só para a sociedade mas para cada indivíduo que os desrespeite, bem como a **representatividade da requerente**, que congrega o interesse de centena de

¹ GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991, p. 47 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

milhares de pessoas na preservação do direito à vida, entende a UJUCASP, com fundamento no artigo 6, § 2º da Lei 9882/99, como medida justa e de direito sua admissão como *amicus curiae*, passando a especificar as razões já elencadas.

I. DA CARÊNCIA DE SUJEITO E OBJETO:

O **Estado Democrático de Direito** sustentado pela Constituição em seu primeiro artigo assenta-se na separação e **independência dos poderes** pleiteada em seu artigo 2º, de forma que efetivamente o **poder emane do povo** (art. 1º, parágrafo único). Nesse sentido, **um partido político não deve delegar sua responsabilidade a outro poder incompetente sem veicular a matéria em seu âmbito e de acordo com a representatividade legislativa**. Outra atitude demonstra **falta de maturidade política**, facilitando um empoderamento paternalista e inócuo com a conseqüente acomodação de não estabelecer **um diálogo entre os iguais, defendendo efetivamente os interesses sociais em sua globalidade**.

Por outro lado, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental exige **um efetivo descumprimento bem como a controvérsia judicial relevante na aplicação do preceito fundamental que se considera violado**, conforme estabelece o artigo 3º da Lei 9.882/99, inciso V, já que se trata de **matéria legislativa onde o povo deve ser representado e de decisão que lhe atinge radicalmente, abrindo amplamente as portas para a relativização do direito à vida**, sendo que o sistema jurídico brasileiro apresenta-se coerente e

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

consistentemente concatenado², a não ser que a clareza dos conceitos estabelecidos pelo constituinte e legislador seja pragmaticamente travestida por interesses pontuais³. Nesse sentido, destacamos a sólida orientação deste Colendo Tribunal em defender a **presunção de constitucionalidade daqueles atos normativos já consolidados no tempo**, zelando assim pela segurança jurídica e por um verdadeiro Estado Democrático de Direito⁴.

Muito embora normas jurídicas anteriores à Constituição Federal de 1988 possam ser objeto de controle concentrado em ADPF, a melhor interpretação, firmada por meio de sólida e rica jurisprudência, esta Corte Suprema defende a **presunção de constitucionalidade daqueles atos normativos já consolidados no tempo, como é o caso do Código Penal**. É dizer, quando uma lei está em vigor há muito tempo, presume-se que não há ferimento à Constituição.

“...É pacífica a orientação do Tribunal no sentido de que não se configura periculum in mora, para fins de concessão de cautelar, se a lei objeto da impugnação estiver em vigor há muito tempo” (MS 25.024-MC rel Min Eros grau, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento em 17/8/2004, DJ de 22/11/2002)

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em circunstâncias semelhantes, tem advertido que o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo da tese jurídica deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, em ordem até mesmo, a inviabilizar a concessão da medida

² FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964: “incompatibilities are things that do not go together or do not go together well”.

³ SARTORI, Giovanni. *A Democracia Revisitada*. São Paulo: Ed. Àtica, 1994, p. 9 et seq.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 321 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

cautelar postulada (RTJ 152/692, rel Min. Celso de Mello) (ADI 1857, rel min Moreira Alves, julgamento em 27/8/1998, DJ de 23/10/1998)

“Ação Direta De Inconstitucionalidade – Lei Estadual nº 5.206/2001, do Estado do Piauí – exame do pedido de medida liminar – pretendida aplicação imediata do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99 – Indeferimento – inexistência da alegada Situação de Urgência – ajuizamento tardio da Ação Direta – ausência dos pressupostos necessários à concessão do Provimento Liminar – Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não provimento do recurso de agravo – recurso de agravo improvido.” (ADI 2674 MC-AgR, Relator: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, DJ 12/02/2015).

Leis em vigor em um longo intervalo de anos **presumem-se constitucionais não por sua antiguidade, mas porque o fato de não terem sido contestadas durante tanto tempo evidencia que o bem jurídico por elas tutelado já está enraizado como valor social.** Se desde 1940, a suposta violação, pelos arts. 124 e 126 do Código Penal, aos preceitos fundamentais dos arts. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º da Constituição Federal, não foi questionada é porque a própria sociedade **continua firme em reconhecer o aborto como crime contra a vida humana**, ainda que a autora alegue mudança valorativa a partir de dados **sociológicos particulares**, sustentando que a tipificação penal do aborto, provocado pela gestante em si mesma ou por terceiro mediante o seu consentimento, violaria os preceitos máximos do texto constitucional da pessoa humana (art. 1º, III), cidadania e não discriminação (art. 1º, II; e art. 3º, IV), assim como aos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, proibição de tortura ou ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, caput e

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

incisos I e III), à saúde (art. 6º, caput, e art. 196) e ao planejamento familiar(art. 226, § 7º), procurando conferir aos citados princípios e direitos constitucionais sentido oposto àquele tutelado pela Carta Política e obstando dessa forma uma correta apreciação por este Supremo Tribunal. Nesse sentido, grifa-se as principais tergiversações para articulá-las oportunamente, penetrando no mérito:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania

*III - a **dignidade da pessoa humana**;*” (grifo não constante do texto)

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

*IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.***” (grifo não constante do texto)

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

*III - **ninguém** será submetido a **tortura nem a tratamento desumano ou degradante**;.....*” (grifo não constante do texto)

*“Art. 6º São direitos sociais a **educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).....*

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.....” (grifo não constante do texto)

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.....”

§ 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.”
(grifo não constante do texto)

Por fim, a legislação nacional encontra-se em perfeita consonância com a presença da Nação em **tratados internacionais referentes aos direitos humanos no que se refere à proteção do nascituro desde a concepção e o reconhecimento de sua personalidade jurídica**, (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 4º), ou seja, não há controvérsia jurídica sendo desproporcional evocar o argumento de maioria com relação ao Direito Comparado, principalmente se a conduta defendida é anti-humana⁵, e, por outro lado, tergiversando dados, o que se passa a expor preliminarmente.

II. DA CORRETA INTERPRETAÇÃO DOS PRECEDENTES INTERNACIONAIS:

Através deste tópico, objetiva-se somente destacar o **caráter restritivo**

⁵ FINNIS, 2002. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 86 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

da legislação evocada pela autora ao referir-se ao Direito Comparado e não, utilizá-la como parâmetro.

O precedente da Suprema Corte norte-americana *Roe vs. Wade* não diz respeito ao problema metafísico da pessoa do feto e sobre a condição desse ser ou não sujeito de direito no plano constitucional, mas **tão somente sobre a extensão do direito de limitação de direitos de liberdade por parte do Estado** e, em especial, sobre a extensão do direito de privacidade previsto na 14ª Emenda da Constituição Americana⁶ (o qual foi reconhecido pela Suprema Corte norte-americana como liberdade individual fundamental).

Os precedentes alemães *Aborto I* e *Aborto II* evidenciam, de forma contrária ao mencionado pela Autora, que o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido de que é constitucional a sistemática de indicações legais para autorização da interrupção da gravidez e que não existe um direito ilimitado à prática do aborto porque **“a Constituição construiu um sistema de valores que coloca cada homem, na sua dignidade, no centro de todas as normas”**, a fim de impor um **“respeito incondicional pela vida de cada indivíduo, mesmo da vida daquele que pode parecer socialmente sem valor**, e exclui, portanto, que se possa destruir essa vida sem uma razão justificativa⁷ e ⁸”. Ressaltando-se, inclusive, que a

⁶ *Amendment 14 to the Constitution of the United States of America Section.*

⁷ Nesse sentido, verificar a análise das referidas decisões promovida por: GALEOTTI, Giulia. História do aborto. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 132 e seguintes.

⁸ O Min. Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADPF 54, consignou que:

Advogados

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS**

jurisprudência do Tribunal alemão se distingue por reconhecer o direito à vida do nascituro em igualdade de dignidade e de valor aos demais indivíduos.

Inclusive, o precedente Aborto II do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu que o aborto somente poderia ser realizado, no intervalo

Nesse julgamento, conhecido como “Aborto I” (Schwangerschaftsabbruch I – BVerfGE 39,1), a Corte ressaltou que a proteção à vida, prevista no art. 2, II, da Lei Fundamental, não deveria fazer distinção entre o ser humano “pronto” (“fertigen” Menschen nach der Geburt) e o nascituro. Ainda que a relação feto-gestante seja bastante peculiar, o nascituro é um ser independente, constitucionalmente protegido.

Para a Corte, em uma tentativa de harmonização entre o direito da vida do embrião e a liberdade da gestante, tem prevalência o direito do nascituro, que deve perdurar durante toda a gravidez, não podendo ser relativizada por um prazo determinado, ou período de carência em que o aborto estaria autorizado.

O Tribunal Constitucional alemão também verificou, assim como a Corte italiana, que cabe ao legislador especificar e escolher quais medidas de proteção entende ser mais efetivas e oportunas para garantir a proteção da vida do nascituro. A isso também se relaciona a ideia de que a prevenção deve anteceder a repressão (Vorrang der Prävention vor der Repression), cabendo ao Estado a utilização de meios sociopolíticos para garantir a vida do nascituro e fortalecer, na mãe, a consciência da importância de não interromper a gravidez.

Entretanto, na lei de 1972, o legislador entendeu que a melhor forma de proteção do feto nas 12 primeiras semanas não seria aplicar alguma espécie de sanção penal à mãe que abortasse, mas sim submetê-la ao aconselhamento médico-social. O legislador abdicou, desse modo, da punibilidade no período inicial da gestação, substituindo-a por mero aconselhamento, o que não pareceu razoável à Corte, sob a perspectiva não apenas constitucional, mas fática – não haveria indícios suficientes que mostrassem que o número de abortos poderia, com essa medida, diminuir.

Ao fim, esse dispositivo foi considerado nulo, em sua essência, e algumas medidas foram especificadas pela própria Corte até que nova regulamentação fosse feita, seguindo o §35 da Lei do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).

No ano seguinte, em resposta à decisão da Corte Constitucional, a legislação foi alterada e passou-se a criminalizar o aborto, com exceções ligadas ao risco à saúde e à vida da mãe e a casos de patologias fetais.

Entretanto, com a queda do muro de Berlim, em 9 de fevereiro de 1989, foi iniciado trabalho de unificação legislativa entre as duas Alemanhas. A República Democrática da Alemanha autorizava o aborto, praticamente sem restrições, desde 1972, o que demandou uma nova legislação uniformizadora.

Assim, em 27 de julho de 1992, foi aprovada nova lei sobre o aborto (Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung), estabelecendo que sua prática seria novamente permitida nos primeiros três meses de gravidez, desde que a gestante fosse anteriormente submetida a um serviço de aconselhamento.

A principal característica da nova legislação era a prevenção do aborto por meio de mecanismos não repressivos, com a criação de medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, com a finalidade de eliminar as causas materiais que pudessem fazer com que as mulheres procurem a interrupção da gravidez.

A constitucionalidade desses novos dispositivos foi submetida à análise do Tribunal Constitucional alemão em 1993, no julgamento denominado “Aborto II” (Schwangerschaftsabbruch II – BVerfGE 88,203).

A Corte novamente especificou que o nascituro já é uma vida individual, determinada e indivisível, com genética própria e inconfundível. Essa vida, em seu processo de desenvolvimento, mais do que evoluir para se converter em um ser humano que se desenvolve (cf. BVerfGE 39,1).

Desse modo, o Estado determina certas exigências de conduta para proteção do nascituro, impondo deveres de ação e de abstenção, inclusive em relação à mãe, sem prejuízo do fato de que entre ambos existe uma relação de dualidade na unidade (“Zweiheit in Einheit”) - Vide voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

entre 12 e 22 semanas de gestação, se houvesse indicação médica para evitar perigo à vida ou à saúde da gestante ou quando houvesse razões para se acreditar que o filho sofreria de deficiências insanáveis.

Apesar de algumas decisões favoráveis, **as legislações introduzidas a partir dos anos 80 para tentar regulamentar a interrupção da gravidez são mais restritivas do que as da década precedente**, conforme o sistema espanhol, belga e português. Veja-se o caso, por exemplo, da Constituição da Irlanda que, após referendo em 1983, **reconheceu o direito dos nascituros pela 8ª Emenda Constitucional**.

Importante mencionar, ainda, que **inúmeros Tribunais constitucionais têm se pronunciado nas últimas décadas pelo reconhecimento do direito do nascituro e pela constitucionalidade das leis nacionais** que, procurando preservar a saúde física e mental das mães, autorizam a interrupção da gravidez em casos específicos – condição similar à brasileira que autoriza a prática da interrupção da gravidez nas hipóteses previstas no art. 128 do Código Penal⁹.

Tem-se, por exemplo, o caso da legislação italiana que foi reconhecida como constitucional pelo Acórdão n. 27 de 18 de fevereiro de 1975¹⁰ – inclusive, a

⁹ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁰ O acórdão 27 de 1975 da Corte Constitucional italiana teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal por prever a punição ao aborto sem prever a hipótese em que o procedimento poderia ser realizado quando houvesse dano ou risco à saúde da gestante.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

materialidade desse possibilitou, em 1978, a edição da Legge n° 194/1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) que reconhece em seu art. 1° que “**Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio**” (*O Estado garante o direito à procriação consciente e responsável, reconhece o valor social da maternidade e tutela a vida humana desde seu início*) e estabelece as condições legais para a interrupção da gravidez, a fim de reconhecer que a autodeterminação da mulher não é garantida e protegida pelo sistema constitucional italiano como um valor em si, bem como que não há uma liberdade constitucional para o exercício do aborto, que não se concede à mulher o direito de recusar ou não livremente a própria maternidade e que nos casos de interrupção de gravidez há a necessidade de se compatibilizar o interesse de proteção da vida da mãe com a salvaguarda da vida do feto¹¹. E, também, pelo acórdão n. 35 de 1997 da Corte Constitucional, no qual se reconheceu o direito à vida do nascituro – independentemente da sua potencialidade de vida autônoma (extrauterina) – preservando-se o direito ao aborto

¹¹ Legge n. 194, de 22 de Maggio de 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* – Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Gazzetta Ufficiale del 22 maggio 1978, n. 140)

(...)

Articolo 6 *L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.*

Articolo 7 *I processi patologici che configurino i casi previsti dall'articolo precedente vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento da praticarsi immediatamente. Qualora l'interruzione della gravidanza si renda necessaria per imminente pericolo per la vita della donna, l'intervento può essere praticato anche senza lo svolgimento delle procedure previste dal comma precedente e al di fuori delle sedi di cui all'articolo 8. In questi casi, il medico è tenuto a darne comunicazione al medico provinciale. Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto. (destacamos)*

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

quando a gestação oferece sérios riscos (físicos ou psíquicos) à vida da gestante.

Em ambos os julgados da Corte Constitucional italiana houve a preservação dos interesses jurídicos do feto intrauterino como mecanismos razoáveis e proporcionais para com o dever de proteção constitucional da vida do nascituro.

III. DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADIN 3.510, ADPF 54 E HC 124.396) E A PROTEÇÃO DA VIDA DESDE A CONCEPÇÃO:

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3.510 reafirmou, antes do julgamento da referida ADPF n. 54, que o sistema constitucional brasileiro procura proteger a vida porque a simples potencialidade de algo se tornar **pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar a sua natural continuidade fisiológica.**

Nesse sentido, a ementa da referida decisão consignou que:

“III- A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de

direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distintos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar uma pessoa humana já meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implantado é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV- AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. *É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém,*

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda vinculação com o problema do aborto” (Min. Ceso de Mello)”¹².

Em relação à ADPF n. 54, a referida ação não pode ser utilizada, também, como precedente constitucional autorizativo para a prática do aborto porque o pedido formulado na APDF n. 54 (Rel. Min. Marco Aurélio), que foi julgado procedente, era para se declarar inconstitucional a interpretação **de que a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos seria conduta tipificada** nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal.

Destaque-se que o Min. Rel. Marco Aurélio reconheceu que o pedido da referida ADPF **não era “postular a inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais”**, mas, sim, possibilitar com que os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal fossem interpretados em conformidade com a Constituição Federal de 1988 **a fim de possibilitar a interrupção de gestação de feto anencéfalo**. Reconhecendo, ainda, que o objeto de análise era restrito apenas e tão somente à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos¹³ e não o aborto em si¹⁴, i. e., delimitou

¹² Vide Ementa da ADIn n. 3.510 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 27.05.2010) em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

¹³ O Min. Rel. Marco Aurélio ressaltou quando de seu voto na ADPF n. 54 que “cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

que o objeto da referida ADFP era a **discussão da possibilidade de se antecipar o parto de fetos anencéfalos e não a inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal** que prevêm a punição em caso de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento e de aborto provocado por terceiro e da hipóteses de excludente de ilicitude (antijuridicidade) previstas no art. 128 do Código Penal.

Ademais, as discussões realizadas pelos Ministros quando do julgamento da ADFP n. 54 tiveram como pano de fundo a necessidade ou não de se compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente a expectativa de vida para o feto – tanto que o Min. Rel. Marco Aurélio fez questão de consignar em seu voto que **a anencefalia não se cuidava de vida em potencial, mas de morte segura; bem como que o “aborto é crime contra a vida¹⁵” porque “tutela-se a vida em potencial¹⁶”**.

membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênicas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de doença grave que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se somente de anencefalia”.

¹⁴ Condição que foi expressamente reconhecida, também, pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Joaquim Barbosa quando do julgamento da ADFP n. 54 – visto que, em seu voto, afirmou que a referida ação de descumprimento de preceito fundamental não procurava discutir a ampla possibilidade de se interromper a gestação. E, também, pela Min. Carmem Lúcia, a qual expressamente reconheceu na antecipação de seu voto que “(...) não estamos falando de introduzir no Brasil a possibilidade de aborto, mesmo ainda de aborto em virtude de qualquer deformação, mas a questão da anencefalia que diz com a possibilidade ou não, potencialidade ou não de vida” (Vide votos do Min. Joaquim Barbosa e da Min. Carmem Lúcia (antecipação de voto), ambos, na ADFP 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>).

¹⁵ Vide voto do Min. Rel. Marco Aurélio na ADFP 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

¹⁶ Vide voto do Min. Rel. Marco Aurélio na ADFP 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Ressalte-se, inclusive, que se a falta de potencialidade da vida do feto anencéfalo poderia provocar, para a genitora, situação equiparável à tortura – como mencionado *a latere*, quando do julgamento da ADPF n. 54, na posição do Min. Rel. Marco Aurélio, da Min. Rosa Webber, do Min. Carlos Ayres Britto¹⁷; bem como reconhecido pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (Caso K.L. contra Peru, 2005). **A contrario sensu, a potencialidade de vida do feto é incapaz de possibilitar aos genitores, e em especial à mãe, qualquer situação que se equipare à tortura – razão pela qual a ADPF n. 54 não se presta a dar fundamento jurisdicional para a prática de aborto.**

Inclusive, a legislação infraconstitucional brasileira reconhece no inciso II do art. 128 do Código Penal brasileiro a hipótese de se salvaguardar a saúde mental da mulher quando o aborto é realizado por médico em caso de gravidez resultante de estupro e o ato é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Única condição, portanto, que a gestação poderia ocasionar qualquer situação equiparável à tortura à mãe – e, inclusive, ao esposo ou parceiro dessa. Logo, a sistemática infraconstitucional brasileira é completamente compatível com o que se concebe como **direitos da mulher à saúde (art. 6º, caput, e art. 196, ambos da Carta Constitucional de 1988) e à sua sadia qualidade de vida, bem como com a garantia constitucional de que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou**

¹⁷ Vide voto dos referidos Ministros na ADPF 54 em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

degradante (inciso III, art. 5º, Constituição Federal de 1988) e com os princípios basilares do sistema constitucional brasileiro (a saber: dignidade da pessoa humana, liberdade, saúde, autodeterminação, o direito à privacidade e, dentre outros, o reconhecimento pleno dos direitos reprodutivos das mulheres).

Ressalte-se, por outro lado, que a sistemática constitucional de se proteger a vida e a sua consequente legislação infraconstitucional de criminalização da prática de abortos é, também, compatível com o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995) e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4º, §1º) porque garante o direito à vida, desde a concepção, e porque a sistemática protetiva brasileira possibilita a prática do aborto, realizado por médico, quando a gestação é decorrente de estupro. E, principalmente, **porque não visa proteger os interesses de apenas um dos seres da relação (a genitora) e não aniquila, em contrapartida, os direitos do feto – mostrando-se, portanto, compatível com o princípio da proporcionalidade.**

Por outro lado, a decisão da ADPF n. 54 não pode ser utilizada como precedente constitucional da Suprema Corte brasileira para o reconhecimento do aborto porque o pedido, conforme mencionado alhures, **restringiu-se a assegurar o direito de cada mulher escolher, através de seus valores e crenças, se deveria ou manter uma gestação de feto anencéfalo.**

Assim, o direito da mulher de autodeterminação, de escolher e de agir

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

com sua própria vontade foi reconhecido pela ADPF n. 54 apenas e tão somente na hipótese do objeto da ação, i. e., apenas para os casos de gestação de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal Federal, portanto, **não reconheceu que a privacidade, a autonomia e a dignidade da mulher se sobrelevassem a um super valor constitucional, superior ao valor vida e, portanto, não reconheceu a possibilidade de se interromper a gravidez a qualquer tempo e em qualquer condição.**

Da mesma forma, a Min. Rosa Weber, quando do julgamento da ADPF n. 54, reconheceu que o sistema de proteção da vida no ordenamento jurídico nacional prevê a proteção dos direitos do nascituro desde a concepção¹⁸ (art. 2º do Código Civil) e uma gradação dos graus de reprovabilidade dos atos que

¹⁸ Ressalte-se que o Min. Carlos Ayres Britto, quando do julgamento da referida ADPF n. 54, reconheceu que a concepção é “pedra de toque” na questão do aborto porque na concepção hospeda-se o próprio início de toda vida humana, mesmo que em estado latente.

Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto afirma que:

Eu mesmo tive oportunidade de enfatizar, quando da primeira oportunidade em que discutimos o tema: sobre o início da vida, a Constituição é de um silêncio de morte; ou seja, nada diz. E, nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma proposta de definir o início da vida na Constituição, mas foi rejeitada. Então, a Constituição não diz quando se inicia a vida. É claro que toda vida humana começa com a fecundação do óvulo para a formação do que se tem chamado de zigoto, que é o embrião nos cinco dias para alguns, os primeiros quatorze dias para outros. Não há vida humana que não se inicie por essa fecundação, pela irrupção do zigoto como resultado da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Mas não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é uma vida embrionária, é apenas um embrião de vida humana, pois somente se torna vida humana embrionária depois de passar por uma metamorfose, e essa metamorfose constitutiva da vida humana não se dá fora do útero, porque o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo. A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana (Vide voto do Min. Carlos Ayres Britto na ADPF 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>).

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

atentem contra a vida desse. Tanto é verdade que o ordenamento jurídico brasileiro visa punir de forma proporcional os atentados à vida, de forma mais intensa nos casos de homicídio e de forma menos gravosa no caso de aborto provocado pela gestante, mantendo, assim, uma proporcionalidade de punição aos atentados à vida, desde a vida intrauterina até a vida em sociedade. Nesse sentido, afirmou a Min. Rosa Weber que:

“Vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração. Praticar o infanticídio não gera penas tão graves quanto cometer um homicídio, que, por sua vez, é punível de forma mais exasperada do que a prática de um aborto. Ainda é de se considerar que a lesão corporal grave tem uma pena máxima maior do que a do aborto. Também é importante frisar que o aborto provocado sem o consentimento da gestante tem pena de 3 a 10 anos, bem inferior à de homicídio. Assim, para fins de valoração da reprovabilidade, espera-se menos da relação da gestante e da sociedade com o feto do que na relação entre os dois indivíduos já totalmente formados organicamente no que tange à proteção da vida e do direito à plenitude da integridade física como bens jurídicos. Lembre-se, ademais, que o estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de estupro (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto”¹⁹.

Assim, o sistema de proteção da vida no ordenamento jurídico nacional visa proteger as capacidades de convivência, emoção, inter-relação, cognição e consciência de todos os seres que apresentem potencialidade de vida.

¹⁹ Vide voto da Min. Rosa Weber na ADPF 54 em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Razão pela qual protege o interesse do feto, a fim de que esse possa se devolver em sua potencialidade e porque tais interesses se encontram presentes e em evolução desde o início da concepção do feto. **Tanto que nas primeiras semanas já existe uma inter-relação entre os genitores e a sociedade e o feto (a fim de se descobrir o sexo do feto, o possível nome que lhe será dado, com quem parecerá etc.), bem como o feto, que já começa a desenvolver emoções quanto aos fatos sociais e biológicos vivenciados pela mãe (como, por exemplo, a agitação perante determinadas substâncias, perante a fala da mãe e do pai, a pressão do toque na barriga da mãe, etc.).** Interesses que se desenvolvem na mesma razão do desenvolvimento da vida do feto. O feto é uma vida em desenvolvimento e que, por isso mesmo, em condições normais, apresenta, conforme a Min. Rosa Weber, **“graus de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, de consciência e de relações intersubjetivas²⁰”**.

Além disso, a proporcionalidade nas penas fixadas pelo sistema jurídico brasileiro de proteção à vida não impõe o reconhecimento de que o ser humano apresenta mais ou menos dignidade em face do seu momento evolutivo, i. e., que seja possível identificar um momento temporal em que o ser humano não seja dotado de dignidade e que, por isso, não tivesse interesse em ter seu ciclo biológico evolutivo protegido pelo ordenamento jurídico. Dessa maneira, **a vida intrauterina, a qualquer tempo e ainda que concebível como mero projeto de vida, apresenta a mesma dignidade que qualquer vida extrauterina (indivíduo**

²⁰ Vide voto da Min. Rosa Weber na ADPF 54 em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

no plano social) – e, portanto, como sujeito de direito e deve ser protegida pela sistemática de proteção à vida imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro²¹. Reconhecendo, ainda, a Min. Rosa Weber, quando do julgamento da ADPF n. 54, que **“a vida protegida pelo Direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, não apenas biológicas”**²², razão pela qual o sistema de proteção da vida do ordenamento jurídico protege o feto, na vida intra-uterina e ao indivíduo em sociedade, condição pela qual a ADPF n. 54 não pode servir de precedente constitucional para se possibilitar o aborto em qualquer condição e em qualquer tempo.

Ressalte-se, ainda, que o Min. Joaquim Barbosa, no julgamento da

²¹ Nesse sentido, o Min. Cezar Peluso, quando do julgamento da ADPF n. 54, reconheceu que

(...) **A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada foras das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma de transigência.** Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico” (Vide voto do Min. Cezar Peluso na ADPF 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>) (destacamos).

²² Importante mencionar que o Min. Cezar Peluso, quando de seu voto na ADPF n. 54, posicionou-se em sentido contrário para afirmar que

(...) ainda que se discorde de tal definição, compatível, na sua simplicidade e plasticidade, com qualquer outra noção de vida, em particular de vida humana, esta não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão realidade pré-jurídica de que, para efeitos de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito. E, na condição de objeto de privilegiada tutela constitucional, não é lícito ao ordenamento subalterno operar, a respeito, mediante a técnica de ficção, lícita em si mesma, para negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico. **Em palavras mais diretas, não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação** (Vide voto do Min. Cezar Peluso na ADPF 54 em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>) (destacamos).

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

ADPF n. 54, reconheceu que **“o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal²³”**. Logo, na inexistência de anencefalia e de gestação ocasionada por estupro, o feto é sujeito de direito e, portanto, deve ter seus interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico nacional e pelo próprio Supremo Tribunal Federal – enquanto órgão máximo de preservação do sistema constitucional em nosso Estado Democrático de Direito. Isto porque o sistema de proteção da vida previsto no ordenamento jurídico brasileiro **visa proteger o fruto da concepção que tenha potencialidade de se traduzir em um ser humano biográfico (ser humano em potencial)**.

Resta, ainda, que a prática do aborto não é apenas uma questão de competência única e exclusiva da mulher (i. e., não atinge apenas e tão somente os interesses jurídicos da mulher gestante) porque a gestação se faz presente pela participação do genitor, o qual precisa ter, também, a sua dignidade preservada. Tal situação foi evidenciada, inclusive, pela Min. Carmem Lúcia quando do julgamento da ADPF n. 54²⁴, razão pela qual, também, essa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental não serve como precedente constitucional **para garantir a autodeterminação da mulher na questão do aborto porque reconheceu, mesmo que incipientemente, que a interrupção da gravidez afeta não apenas os**

²³ Vide voto do Min. Joaquim Barbosa na ADPF 54 em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

²⁴ Vide antecipação de voto da Min. Carmem Lúcia na ADPF 54 em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Em especial, menção na página 175 do Acórdão.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

interesses jurídicos do feto, mas, também, a dignidade do genitor.

Cabe mencionar, ainda, que a ADPF nº 54 não pode ser utilizada como precedente para a liberação da prática do aborto porque, como mencionado pelo Min. Cezar Peluso quando de seu julgamento, **a prática abortiva livre foi rechaçada pelos Ministros do Supremo Federal**, na medida em que prevaleceu a compreensão de que:

“Quando a concepção (...) deriva, em regra de relação espontânea e consentida entre homem e mulher, pode-se dizer que a ação criadora foi livre na causa, não restando dúvida de que sua consequência, a gravidez (...) não pode ser interrompida, sob nenhum pretexto, sem expressa previsão legal. Por isso a gravidez oriunda de estupro recusa toda comparação sensata à mera gravidez indesejada, a qual, apesar de também ser, em tal sentido, involuntária, poderia, em circunstâncias normais, ter sido prevenida. O rompimento de preservativo ou falha de métodos contraceptivos não constituem escusas jurídicas a prática abortiva.”²⁵

Igualmente, a ADPF nº 54 não serve como precedente autorizativo do aborto em face **dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher porque tais direitos não autorizam a mulher a se livrar de gravidez incômoda ou não planejada**. E, sobretudo, porque restou reconhecido que a mulher não possui **poder absoluto para eliminar a vida intrauterina – possibilitando-se, tão somente, a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos como hipótese de excludente de ilicitude prevista**, por força dos valores constitucionais, implicitamente no art. 128 do Código Penal.

²⁵ Vide voto do Min. Cezar Peluso na ADPF 54 em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Em relação ao HC 124.306-RJ (Rel. Min. Luis Roberto Barroso), apesar da discussão travada *a latere* sobre a possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição para excluir das hipóteses previstas no Código Penal brasileiro a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre pelo Min. Rel. Luiz Roberto Barroso, **o mesmo não deve ser considerado como precedente constitucional autorizativo para a prática de interrupção livre da gravidez porque o objeto da ação era a análise da desconstituição de prisão preventiva pela inexistência dos requisitos legais previstos na legislação processual penal.**

Ressaltamos novamente que evocamos **as decisões só a título de esclarecimento com relação à aplicabilidade e não de defesa das mesmas.**

IV. DO MÉRITO:

A tergiversação dos artigos da Constituição apresentados pela autora da arguição, ou seja, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º e art. 124 e 126 do Código Penal, em defesa da dignidade da pessoa, manipula e deforma o direito.

Em uma abordagem jurídico-antropológica, fica evidente a incoerência e a inconsistência da fundamentação inicial do pedido, que já em si é poderia ser considerado um **aborto jurídico filosófico** da própria Constituição, prestando-se a “convencer” apenas uma vontade mais política do que jurídica, o que

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

confiamos não ser o caso desta Suprema Corte.

O embasamento teórico oferecido a partir da nota introdutória apresenta-se confuso, incluindo em sua famigerada arguição conceitos até mesmo inócuos como a soberania e diversificados incisos abrangentes e até contraditórios, **que podem, isto sim, ser aplicados ao próprio nascituro, tais como a inviolabilidade da vida, tortura, discriminação, a proteção à maternidade e a igualdade, que se estendida, daria também direito ao homem de intervir em relação à vida do filho gerado, não sendo este um direito exclusivo da mulher** (conforme referências ao art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*). O artigo 196, por sua vez, visa **a saúde, a redução do risco de doença e o acesso às ações e serviços para a sua promoção e não do homicídio uterino: gravidez não é doença**. Por fim, o princípio que rege o artigo 226 § 7º é o do **planejamento familiar através da paternidade responsável**, ou seja, o planejamento vem antes da relação e não depois, e, portanto, **não oferece por incompatibilidade com o artigo 5º do mesmo diploma a opção de extinção da vida do filho**. A correta interpretação deve seguir principalmente o propósito da lei, como bem explicita o catedrático de Filosofia do Direito da *Harvard Law School*, Lon Fuller em sua fiel e democrática racionalidade jurídica: as palavras e o sentido da lei devem ser cuidadosamente conjugados para que a argumentação seja efetivamente racional e possa orientar a decisão²⁶. E ainda, se evocarmos o espírito do constituinte, não é possível encontrar, até mesmo nas entrelinhas, a sua defesa, sendo que a realidade fática não fosse tão diferente do que sempre ocorreu no

²⁶ FULLER, Lon. *Law in Quest of Itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940, p. 65 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Brasil. De qualquer forma, como afirma o Professor Fuller em sua postura entendida como um meio termo entre o originalismo e o realismo extremo na interpretação, os juízes devem servir-se **dos princípios como guia a ser aplicado às provisões em novas questões sociais**²⁷.

Por outro lado, na segunda e terceira nota, pede a autorização para o aborto antes do marco da viabilidade do feto. Porém, em princípio, todo feto é viável pois carrega em si **a potencialidade da vida e um código genético próprio**: “O ente, com certeza científica absoluta, começa a existir na concepção, na fusão das duas células seminais dos pais(...) apresentando já a estrutura química dos ácidos nucleicos (DNA) encerrando todas as condições que permitirão a edificação e o funcionamento orgânico²⁸”. Essa viabilidade existencial acompanha o ser, não dependendo de uma assertiva empírica a partir de uma probabilidade estatística. O marco da existência não é definido arbitrariamente por uma pseudo-ciência: **não nos tornamos seres humanos por etapas. A vida é um *continuum*. Irrazoável é desejar atribuir outra natureza a um ser humano em fase de crescimento ainda dependente da mãe.** “O feto é um residente temporário (...). Estar dentro não significa fazer parte (...). Cada célula é sua e guarda toda a intensidade de um organismo em organização²⁹”. Só uma argumentação pragmática e utilitarista pode desvirtuar seu *status*. A obscura frase de Ronald Dworkin – “não há analogia moral

²⁷ FULLER, Lon. *Anatomy of Law*. Westport: Greenwood, 1987, p. 46 et seq.

²⁸ MARTINS, Roberto Vidal da Silva. *O Aborto no Direito Comparado. Uma Reflexão Crítica*. Belém: Cejup, 1991, p. 5.

²⁹ Relatório da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (Parecer n. 2017).

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

a ser inventada para resolver o problema” apresentada na nota n. 2 da ADPF - **quer atribuir aos juízes a definição** do momento em que a vida começa, quando se trata de **uma evidência simples para aqueles que não querem instrumentalizá-la**. Utilizando-se da teoria do mesmo autor onde o império do Direito – mais político que jurídico- que se desenvolve através da interpretação do Direito em cadeia, poderia ser aplicável a uma jurisprudência instrumental³⁰, mas não a **um bem básico evidente como a vida, que deve ser somente reconhecido e protegido, e não atribuído**³¹. Não existe uma vida humana, outra científica e outra jurídica. **A realidade é una e não cabe em absoluto uma ficção legal em se tratando de um direito fundamental**. Como afirma o Professor Fuller em sua obra “*Legal Fictions*” em que relaciona teoria e fatos, penetrando nas ficções instituídas pelo Direito³², **manifesta sua forte preocupação nos ajustes com relação à realidade: “mudar os fatos para que possam adequar-se à teoria. Teme o “como se” (as if): “Como o Direito chega ao certo através do possível”**³³? (grifo não constante do texto)

Nesse sentido, cita-se ainda Aristóteles:

“(...) uma parte da justiça política é a natural, a outra legal. A natural tem a mesma eficácia em todos os lugares e não depende de nossa opinião; quanto à legal, é originariamente indiferente se

³⁰ RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 161 et seq.

³¹ FINNIS, 2002, p. 86 et seq.

³² FULLER, Lon. *Legal Fictions*. Stanford:Stanford University Press, 1967, p. 38 e 72 et seq.

³³ Certo aqui também atinge o sentido de *right* in (Ibidem, p. 106 e 135).

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

*deve ser assim ou de outro modo, mas, uma vez posta, deixa de ser indiferente.*³⁴

Na quarta nota refere-se a um apelo moral, porém percebe-se que o termo moralidade não é compreendido em sua completude, no sentido antropológico orientativo referente ao que é apropriado ao ser humano. Moralidade não é compatível com neutralidade, mesmo em uma sociedade pluralista. **Há um determinado senso comum onde o Direito positivo se apóia, não a partir de dados sociológicos nem religiosos, mas antropológicos e que estabelecem os padrões racionais e morais de conduta**³⁵. Nesse sentido, **pluralismo razoável não é irracional ou anti-humano** e por isso é capaz também de compreender a evidente racionalidade – que se humana vai sempre mancomunada com a razoabilidade – constitucional: proteger o primeiro direito de um ser humano, ou seja, o direito à vida, sem os quais os demais não poderão existir e também a verdadeira liberdade de consciência que não pode ser exercida quando há ignorância. Daí a clareza do constituinte ao garantir com simplicidade o direito, protegendo-o da complicação moral utilitarista e autointeressada e **garantindo o binômio liberdade-responsabilidade**, ou seja, a opção por um determinado ato leva a responder também pela completude de suas consequências. Por outro lado, a **liberdade constitutiva ontológica, ou seja, fundamentada no ser, é positiva e relacional, promovendo uma somatória de liberdades, e não a anulação de**

³⁴ Apud MAY, Larry. *International Criminal Law and the Inner Morality of Law*. In CANE, Peter. *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 79.

³⁵ FULLER, 1948, p. 78 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

uma liberdade pela outra³⁶.

Na nota número cinco, a petição aborda a desigualdade racial e de classe na prática do aborto, para defender as mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres, onde, em realidade, **a absoluta igualdade pleiteada pela natureza é não permitI-lo para nenhuma mulher, seja qual for a classe ou a raça. A inclusão é total, sem qualquer discriminação.** Em realidade, é lamentável a discriminação ainda existente no país, mas não é **discriminando o nascituro** que se soluciona o problema, além do que a legalização desejada atingirá a todos, perdendo-se o controle sobre sujeitos ativos, passivos, vítimas, e **certeza com relação ao período** em que o aborto é realizado, **condenando também os “fetos viáveis”** na linguagem utilizada pela autora.

Essa nota refere-se ainda ao projeto de vida das pessoas. Nesse sentido, lembra-se que um **projeto não é um caso fortuito** e se forja através de atos voluntários. **Se um filho não faz parte do projeto é preciso tomar as providências, sendo a mais básica, não abrir-se à relação.** De fato, a petição fala também em **conscientização e escolarização.** E, realmente, essa deveria ser a **medida mais segura a ser tomada** – ainda que custe muito esforço **educar moralmente um povo ao invés de manipulá-lo** – ou seja, promover um programa educativo sobre a grandeza da sexualidade humana, não como instrumento de posse e prazer, mas de amor responsável pelo outro e pelos frutos, para construir uma sociedade mais comprometida com a alteridade desde o núcleo das relações sexuais, que não se resumem **a um mero ato biológico mas atingem efetivamente**

³⁶ WINSTON, Kenneth. *Legislators and Liberty. Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, p. 389-418, 1994.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

o mais profundo da vontade humana cujo ato antropológico mais transcendente é o amor. Porém, será que desejamos efetivamente instruir as pessoas ou são elas mais facilmente manipuláveis à medida que agem por instinto e permanecem ignorantes? Ainda no que se refere à igualdade, a mulher não gera sozinha e o esperma não é seu. Já a partir dessa premissa se pode afirmar que não tem propriedade absoluta sobre o ser em questão: **abortar não é extrair um dente**³⁷. Ainda que o nascituro fosse considerado como um órgão ou tecido do corpo da gestante, não haveria que se falar em autonomia como direito absoluto, posto que o artigo 9o, Parágrafo 3o, da Lei de Transplante de Órgãos (Lei n. 9.434/97) prescreve que a doação de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo só será permitida caso a retirada não impeça o doador de continuar vivendo sem risco para sua própria integridade e não represente grave comprometimento para suas aptidões vitais e saúde mental sem causar mutilação ou deformação inaceitável, devendo corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. Ora, **se a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo da própria pessoa que busca realizar transplante ou doação não é tratado como direito absoluto, havendo que ser sopesado pela necessidade de proteção a outros bens jurídicos, como a vida, a saúde e a integridade física, tanto mais não poderá ser considerado direito absoluto quando houver, por intermédio de seu exercício, a destruição da vida de outro ser humano, o nascituro, que encontra-se em desenvolvimento no ventre materno, mas que não pode ser considerado nem órgão, nem tecido, nem parte do corpo da mãe.**

³⁷ MARTINS, 1991, p. 8.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Por outro lado, o termo **direito reprodutivo é um direito humano afirmativo**, no sentido de prestigiar a consequência natural da relacionalidade humana e deveria ser radicalmente exercido onde Estados interferem para limitar o número de filhos, por exemplo. **É direito de reprodução e não de destruição.** Medidas como estas protegeriam e respeitariam muito mais a mulher em suas relações sexuais e em seu destino antropológico com relação à maternidade.

Na nota número sete a petição apresenta o argumento sociológico do número da prática elevada de abortos e **o argumento pragmático do sistema carcerário falido, que, em absoluto poderiam justificar a legalização da prática do mal pela frequência. Analogamente, não é por que infelizmente vivemos em um país onde a corrupção e o crime organizado se proliferaram que estamos estudando como legalizá-lo.** Por outro lado, a referência ao complexo prisional deveria levar à busca de outras soluções, pensando também na igualdade, pois outros seres humanos são condenados a viver também nessas condições, e sem terem talvez cometido o homicídio mais anti-natural que poderia forjar a capacidade humana, ou seja, executar o próprio filho, **ainda que essas mães tenham sofrido a injustiça de terem sido enganadas a um alto custo por aqueles que deveriam orientá-las rumo a uma decisão mais digna, aprisionando em primeiro lugar a sua própria consciência,** como atestam tantos testemunhos não induzidos.

Tais argumentos sofismáticos – se é que podemos atribuir-lhes essa característica – lembram o exposto por Richard Posner para justificar o aborto, já que um filho indesejado é um marginal em potencial. Dessa forma, autoriza-se a

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

eliminação de um ser real para evitar os futuros crimes potenciais³⁸.

Por fim, a sétima nota refere-se ao **aborto inseguro** e à internação de mulheres que tentam cometê-lo, visando **garantir a matança com segurança**, apresentando na nota oito a estratégia escolhida para a defesa através do recurso ao Direito Comparado, ainda que a mentira existencial generalizada própria de a arbitrariedade não legitime o assassinato - e da interpretação constitucional, tergiversando juridicamente o diploma e sua perfeita consonância com o Código Penal, a partir de outro **aborto filosófico** em nome de **um ilógico sentido de coerência e consistência**; de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana em defesa da **prevenção da gravidez não planejada**, que apresenta já terminologicamente uma interna incongruência.

V. DA CORRETA DIMENSÃO DA DIGNIDADE DA VIDA HUMANA:

A perspectiva da dignidade humana tem início na filosofia grega, especialmente a partir de Platão (República e Fédon) e Aristóteles, reconhecendo a **racionalidade** a partir do conceito de *noeses*. A modernidade acentuou a outra característica essencial do ser pessoa, qual seja, a **relacionalidade**, fundamentando sua **unicidade**, no sentido de que **nenhum ser humano pensa ou se relaciona como outro**³⁹. Se uma mãe perde um filho não a consola dizer que tem outros pois aquele a amava e com ela se relacionava de modo singular. Toda essa

³⁸ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

³⁹ BOWNE, Borden Parker. *Personalism*. The North Western Harris Lectures. Boston: Ebe Riverside Press, 1908, p.230 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

potencialidade racional e relacional já está presente no código genético do ente concebido. Kant também trabalha o conceito a partir da **capacidade de autodeterminação**⁴⁰, já presente de forma incipiente nesse mesmo código, e portanto, em conflito com a da mãe sobre a resolução de sua própria vida, já que desde o final do século XIX, antes da expansão e do desenvolvimento da embriologia e da genética, **comprovou-se, independentemente de uma manipulação utilitarista, que a fusão dos gametas masculino e feminino, operada a partir da penetração do espermatozoide no óvulo, é o ponto de partida para o surgimento de uma nova célula chamada “zigoto”**. Sabe-se atualmente, pelos estudos empreendidos pela ciência genética, que o zigoto é uma célula diploide, ou seja, com 46 cromossomos, e **que contém em si todo o conjunto genético de informações que permitirá o contínuo desenvolvimento do indivíduo e a formação de suas características fenotípicas**⁴¹.

Ao falar sobre *dignidade humana*, portanto, é necessário ter em vista que ela abrange cada estágio do desenvolvimento do ser humano, desde o instante de sua concepção. **O próprio autor da ADPF reconhece que, dentre as dimensões da dignidade humana, encontra-se o valor intrínseco, definido como “ter valor simplesmente porque se é humano”**. Ora, se o início da vida humana surge na concepção, decorre logicamente que seu valor intrínseco deve ser

⁴⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67.

⁴¹ ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisas com Células-Tronco: Limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp.77-79.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

reconhecido a partir desse instante. Dessa forma, **o estabelecimento de um momento posterior ou de qualquer condicionante externa para a atribuição de *personalidade constitucional* e para a consequente proteção à vida caracteriza-se como um fator de pura arbitrariedade.**

O extremo **relativismo** evidenciado pela inexistência de parâmetros fixos por parte daqueles que advogam a **personalidade como característica separada do dom fundamental de ser vivente é fato suficientemente impactante** para se conceder primazia aos que sustentam a **personalidade como dom, algo inerente a todo ser humano, sendo prescindível a existência de qualquer outra característica ou realização adicional para o reconhecimento de sua dignidade.** A arbitrariedade quanto à escolha dessa característica adicional – ou conjunto de características – por parte dos defensores do “ser pessoa” como processo de realização, já conduziu a resultados histórico-políticos desastrosos, como as práticas de eugenia por parte de regimes totalitários no decorrer do século XX, e corre o risco de ser colocada em prática sob viés utilitarista e hedonista na atualidade caso esse paradigma definidor da personalidade separada do dom da vida volte a imperar⁴².

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida, respectivamente, em seu artigo 1o, inciso III, e no artigo 5o, *caput*, da Constituição Federal. **É importante salientar que, dentre todas as Constituições brasileiras, a de 1988 é a única que faz menção**

⁴² RUNDLE, Kristen. *The impossibility of an exterminatory legality: Law and the Holocaust*. University of Toronto Law Journal. Toronto, n. 59, 2009, p. 106 et seq.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

expressa à inviolabilidade do direito à vida. Nenhuma das anteriores utilizou essa expressão. Nos dispositivos atinentes aos direitos individuais, as Constituições de 1824 (art. 179, *caput*), 1891 (art. 72, *caput*), 1934 (art.113, *caput*) e 1937 (art. 122, *caput*), não mencionam a vida, referindo-se apenas ao *direito à segurança individual*. As Constituições mais recentes, de 1946 (art. 141, *caput*) e 1967 (art. 150, *caput*), fazem referência à inviolabilidade dos direitos *concernentes à vida*. **A Constituição brasileira atual, portanto, inova no uso da linguagem, conferindo maior importância a este bem jurídico: vida.** Além disso, a localização da norma que elenca os direitos fundamentais no Título II, logo abaixo do Título dos Princípios Fundamentais, demonstra o maior relevo que o constituinte originário reconheceu em relação aos direitos fundamentais.

Por outro lado, a **Convenção Interamericana de Direitos Humanos, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como norma de hierarquia supralegal**, prescreve, logo em seu artigo 1o, item 2, que, para seus efeitos, **pessoa é todo ser humano**, ratificando, assim, a orientação conferida pelo artigo VI da Declaração Universal das Nações Unidas. Acrescenta no item 3 do mesmo artigo que toda **pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica**. No artigo 4º, item 1, especifica o sentido e a abrangência da proteção ao direito à vida:

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

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

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

internacional:

*“Portanto, para el derecho de los derechos humanos, todo ser humano es persona, y ninguna condición – como podría serlo el nacimiento –, puede restringir sus derechos humanos. Ergo, el derecho a la inviolabilidad de la vida de todo nasciturus es norma de jus cogens.”*⁴³

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

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

***a)* permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.”** (grifo não constante do texto).

Portanto, o conceito de **dignidade** abrange também a plenitude do binômio liberdade - responsabilidade para que tanto pais como filhos estejam protegidos e atuem de acordo com essa mesma dignidade. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, preferindo se referir à *parentalidade responsável*, a fim de não excluir nem a paternidade nem a maternidade desse âmbito, afirma:

“(…) há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar

⁴³ ELORRIO, Aurélio Garcia; SCALA, Jorge. *La Tutela de la Vida “Desde el Momento de la Concepción”*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo: Editora Quartier latin do Brasil, 2005, p.102. Tradução: **“Portanto, para o direito dos direitos humanos, todo ser humano é pessoa, e nenhuma condição – como pode sê-lo o nascimento –, pode restringir seus direitos humanos. Logo, o direito à inviolabilidade da vida de todo nasciturus é jus cogens.”**

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em se favor. Daí ser importante o planejamento familiar como representativo não apenas de um simples direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação. Ao direito individual da mulher se exercer sua sexualidade e optar pela maternidade de contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe. Da mesma forma, e com bastante peculiaridade em relação ao homem: ao direito individual que lhe é assegurado de exercer sua sexualidade e optar pela paternidade se opõem as responsabilidades individual e social que ele encampa na sua esfera jurídica ao se tornar pai.”⁴⁴

VI. PEDIDO FUNDAMENTADO NAS PREVISÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO DESRESPEITO AO PRECEITO FUNDAMENTAL:

Além de uma decisão que não pertence ao âmbito dessa E. Corte, em termos jurídicos, o acolhimento da causa poderia gerar uma desorientadora postura para uma verdadeira teoria e prática do Direito já que vai fortalecendo a **arbitrariedade e a insegurança jurídica**, em contraposição a atividade intencional ordenadora e estabilizadora do Direito: **“Sob o Rule of Law ninguém está acima da lei. A lei é aplicável igualmente para governantes e para governados. O primeiro dever dos que foram eleitos para fazer a lei é respeitar a lei. O Rule of Law requer uma legislação justa e imparcial, que oriente o**

⁴⁴ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais*. São Paulo: Editora Renovar, 2003, pp.453-454.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

consentimento”⁴⁵.

Por outro lado, é evidente que na prática a descriminalização *ad hoc* logo sairia do controle estendendo-se ampla e irrestritamente como de acordo com reais estatísticas, ocorreu nos países em que esta foi admitida. Os dados estatísticos nos Estados Unidos, por exemplo, mostram que, após a liberação da prática abortiva em 1973 com a decisão da Suprema Corte no caso *Roe vs. Wade*, houve uma elevação de praticamente 600% no número de abortos provocados, partindo de menos de 200.000 abortos ilegais em 1970, atingindo o auge de aproximadamente 1.500.000 no final da mesma década. O número de abortos provocados nos períodos subsequentes, apesar de ser pouco menor em relação ao final da década de 1970, permanece sendo substancialmente maior do que nas décadas anteriores à liberação de sua prática, atingindo, em 2008, mais de 1.200.000 por ano.⁴⁶ Consta ainda que, de 1973 a 2016, houve a prática de aproximadamente 59.400.000 abortos nos Estados Unidos, o que acarreta uma média de quase 1.400.000 abortos por ano, número muito maior do que nos períodos anteriores à sua liberação.⁴⁷

Dentre os países europeus que apostaram na legalização, verificou-se

⁴⁵ CHARLESWORTH, Hilary. *Human Rights and the Rule of Law after Conflict*. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 49.

⁴⁶ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf)
[Acesso em 07 de novembro de 2016,13:00.](#)

⁴⁷ Disponível em: www.numerofabortions.com
[Acesso em 07 de novembro de 2016,15:00.](#)

Advogados

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS**

também um aumento exponencial do número de abortos provocados, crescimento proporcionalmente muito superior ao de sua população. A Suécia, um dos primeiros países europeus a proceder à legalização, em 1939, constatou enorme aumento de 5428% no número de abortos, de 430 no ano de 1939 para 37.698 em 2010. A Espanha, que legalizou o aborto em 1985, sofreu um aumento de quase 500% nessa prática, de 16.766 em 1987 para 118.359 em 2011.⁴⁸

O Uruguai, único país da América Latina a realizar a legalização, em dezembro de 2012, também verificou aumento constante na prática de abortos. No primeiro mês da legalização, houve 200 abortos⁴⁹; já nos meses posteriores, um aumento do número para 300 a 400.⁵⁰ Em 2013, a quantidade de abortos era de aproximadamente 6700. No ano seguinte, passou para 8500 (aumento de 20%) e, em 2015, aumentou para 9362 (10% a mais do que em 2014).⁵¹

Quanto ao argumento de que legalizar o aborto é questão de saúde pública porque diminui a mortalidade materna, os dados estatísticos também demonstram a falsidade dessa afirmação. O Chile, por exemplo, que possui nas últimas três décadas leis bastante restritas em relação à prática abortiva, possui e mantém uma das taxas mais baixas de mortalidade materna na América Latina,

⁴⁸ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 20:00.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.espectador.com/noticias/256208/hubo-200-abortos-en-primer-mes-de-aplicacion-de-la-ley>

⁵⁰ Disponível em: <http://www.espectador.com.uy/noticia/246829/segun-briozzo-se-realizan-en-uruguay-entre-300-y-400-abortos-legales-por-mes->

⁵¹ Disponível em: www.elpais.com.uy/informacion/despenalizacion-aumentaran-abortos-entrevista-elard-koch.html

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

havendo diminuição de 10,8 para 0.39 mortes maternas para cada 100.000 nascimentos, conforme pesquisa realizada pelo epidemiologista e Diretor de Pesquisas Elard Koch.⁵² Na Índia, entretanto, o aborto é legalizado, mas a mortalidade materna é muito alta, sendo de 200 para cada 100.000 nascimentos. A Polônia, que tornou o aborto legalizado durante o período sob o governo comunista, quando, na década de 1990 voltou a criminalizá-lo, verificou uma diminuição da mortalidade materna, de 11 em 1993, para 2 em 2010.⁵³

Esses dados, apesar de demonstrarem a falsidade do argumento de que a legalização provocaria diminuição da mortalidade materna, não demonstram necessariamente a tese oposta, ou seja, de que é a restrição legal ao aborto o fator único ou decisivo que permite a diminuição desse índice. A questão de saúde pública é, certamente, muito mais complexa e diversos outros fatores podem intervir como, por exemplo, o maior ou menor acesso das mulheres de todas as classes sociais a políticas públicas de saúde de melhor qualidade.

Outra alegação que deve ser questionada é de que, no Brasil, são realizados entre 1 milhão e 1,5 milhão de abortos por ano, e de que somente a legalização pode permitir às mulheres o uso de serviços de saúde seguros para a prática abortiva. Para que possam ser analisados esses números, é importante saber de onde e como eles surgiram. O fornecimento de tais dados provêm do Instituto

⁵² KOCH, Elard. *The Epidemiology of Abortion and its Prevention in Chile*. Issues in Law and Medicine, Volume 30, Number 1, 2015, pp.71-85.

⁵³ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 20:00.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Alan Guttmaher, vinculado à IPPF – organização internacional promotora do aborto – e do IPAS (*International Pregnancy Advisory Service*) – substituto direto da USAID, que recebe financiamento para promover o aborto especialmente em países estrategicamente relevantes como o Brasil. O Instituto Alan Guttmaher diz que, para calcular o número de abortos, verifica-se o número de internações hospitalares e multiplica-se por cinco. O IPAS multiplica o número de internações por seis. Porém, não há explicação alguma sobre o motivo de se utilizar tais fatores de multiplicação. Esses fatores, portanto, são arbitrários.

É possível, no entanto, chegar a uma estimativa mais próxima da realidade a respeito desse tema. Em 2013, houve pouco mais de 200 mil internações hospitalares devido ao aborto no Brasil, somados os espontâneos e os provocados. O DataSUS calcula que entre 20 a 25% das internações ocorrem por aborto provocado, o que daria um número absoluto de aproximadamente 50 mil por ano. Em 2010, foi realizada uma Pesquisa Nacional de Aborto, num convênio entre a Universidade de Brasília (UnB) e a ONG ANIS – organização favorável à ampliação das hipóteses de aborto legal. Nesse convênio, calculou-se que, para cada duas mulheres que abortam, uma recorre à internação hospitalar. No cômputo geral, estima-se, portanto, que haja por volta de 100 mil abortos por ano no Brasil⁵⁴, número muito inferior aos apresentados pelo IPAS e pelo Instituto Alan Guttmaher.

Em comparação com países cujo aborto é legalizado, o Brasil realiza,

⁵⁴ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf)
[Acesso em 07 de novembro de 2016, 22:00.](#)

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

proporcionalmente à sua população, muito menos intervenções abortivas. A França, onde a legalização ocorreu há mais de 40 anos, realiza 8 vezes mais abortos, e a Suécia, cujos números de aumento após a legalização foram apresentados acima, também promove 8 vezes mais. Na comparação com Inglaterra e Japão, países que também não criminalizam o aborto, o Brasil também possui números bem menores dessa prática na proporção de sua população (4 vezes menos).⁵⁵

Também no que se refere à mortalidade materna no Brasil por ocasião da prática abortiva, os números reais, que não foram apresentados pelos autores da ADPF, são muito menores do que os alegados pelos defensores da legalização do aborto.

A perita suíça Patrícia Schulz, da Organização das Nações Unidas, denunciou o Brasil por não flexibilizar a Lei que criminaliza o aborto, afirmando que a rigidez legal brasileira é a responsável pela morte de 200 mil mulheres em cirurgias clandestinas.⁵⁶

Essa afirmação, do ano de 2012, não encontra respaldo na realidade. Em 2011, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou que a quantidade de óbitos totais de mulheres naquele ano havia sido de 492.887, dos quais apenas 66.497 era de mulheres em idade fértil. O DataSUS, no mesmo ano de

⁵⁵ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 20:00.

⁵⁶ CHADE, Jamil. *ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco*. 17 de fevereiro de 2012, 19h24. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onu-critica-legislacao-brasileira-e-cobra-pais-por-mortes-em-abortos-de-risco,837316>. Acesso em 08 de novembro de 2016, 15:00.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

2011, divulgou que o número de mulheres mortas em razão de procedimento abortivo foi de 135, número completamente distante dos 200 mil apresentados pela perita das Nações Unidas.⁵⁷

Diante dos dados ora apresentados, que comprovam que a descriminalização do aborto só acarretou aumento dessa prática nos países além de enorme possibilidade de prejuízos físicos e psíquicos para a gestante, não se sustenta a tese da proporcionalidade alegada pelos autores da presente ação. Segundo o teste da adequação, o objetivo constitucionalmente legítimo a ser alcançado pela criminalização do aborto é a tutela do direito à vida (artigo 5o, *caput*, da Constituição) e à dignidade humana (artigo 1o, inciso III, da Constituição), especialmente em relação ao nascituro, desde a fase de concepção (artigo 4o, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Ainda que houvesse alguma comprovação de que a criminalização do aborto viola direito fundamental da gestante, o teste da necessidade demonstra de modo flagrante a menor incidência de abortos no Brasil em comparação com países que procederam à sua descriminalização, conforme demonstrado cabalmente pelas estatísticas acima.

Os autores da presente Ação, além disso, não propuseram quaisquer medidas concretas para que, na hipótese de descriminalização do aborto, **a vida humana intrauterina seja tutelada desde o momento da concepção. Falou-se genericamente em “políticas de planejamento familiar”, mas sem se reportar**

⁵⁷ Disponível em: tabnet.datasus.gov.br/cai/tabcai.exe?sih/cnv/niuf.def; tabnet.datasus.gov.br/cai/tabcai.exe?sih/cnv/qiuf.def

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

ao significado concreto que buscaram atribuir a esse termo e sem referência lógica ou empírica de como essas “políticas” auxiliariam na diminuição – ou, ao menos, no não crescimento – do número de abortos e na proteção à vida do nascituro.

Os autores da ADPF mencionaram o **princípio penal da subsidiariedade, por meio da qual a criminalização deve ser a última opção (*ultima ratio*) do legislador. Porém, conforme visto, nada propuseram de concreto que fosse empírica e estatisticamente mais eficiente do que a criminalização para a proteção do bem jurídico “vida” em relação ao nascituro.**

Quanto ao teste da proporcionalidade estrita, essa também não se sustenta, pois que foi comprovado acima que o aborto – cujo aumento é praticamente inevitável a partir de sua descriminalização – **não causa “apenas” a morte do nascituro, mas gera impactos físicos e psíquicos para a própria gestante, impactos estes que são, inclusive, englobados pela área médica sob a expressão “Síndrome Pós-Aborto”, como veremos adiante.**

Percebe-se, desse modo, que não se aplica o princípio da proporcionalidade em nenhum de seus estágios constituintes que pudessem justificar a descriminalização do aborto.

Por fim, a ADPF relata às folhas 48 e 49, a história de uma adolescente negra de 18 anos que buscou realizar o aborto por meio de ingestão de medicamentos e que, após advirem sangramentos, o hospital em que foi atendida

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

prescreveu um inibidor de aborto e somente realizou o procedimento de curetagem depois de constatado o choque céptico pela morte fetal, sendo a adolescente encaminhada para a Unidade de Terapia Intensiva onde, após 45 dias, morreu por infecção generalizada. Esse exemplo foi retratado como se a criminalização do aborto tivesse sido o principal elemento gerador desse resultado. Não há, porém, qualquer justificativa para isso, tendo em vista que, no caso desse relato, percebe-se evidente erro no acompanhamento médico. Além disso, se a gestante encontrava-se em risco de morte, o procedimento abortivo poderia ter sido realizado sem que disso resultasse qualquer criminalização, em razão da incidência do artigo 128, inciso I, do Código Penal (“*Não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante*”). **Dessa forma, não há que se argumentar que foi a criminalização do aborto que tenha resultado no falecimento da gestante, mas a ausência de cuidados e de acompanhamento médico corretos.**

Caberia ainda ponderar uma questão: se esse erro médico foi cometido por um hospital da rede pública, como seria possível confiar nessa mesma rede hospitalar para realizar o procedimento abortivo, que é extremamente invasivo e passível de sequelas físicas e psíquicas graves para a gestante? Os autores da ADPF parecem não ter refletido sobre essa questão, **preferindo criar uma figura idealizada de “aborto seguro”, que não encontra qualquer respaldo na realidade.**

A descriminalização acabaria ainda por atingir a **mulher ao sujeitá-la a relações desprovidas de responsabilidade, onde nem ela mesma é assumida,**

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

nem os frutos da relação, e nem o crime que realizará, embora eufemizado pela expressão interrupção da gravidez, já que nenhuma filosofia da linguagem pode modificar o verdadeiro sentido dos fatos e suas consequências. Destaca-se nesse sentido as consequências psicológicas e o que os especialistas denominaram de “**Síndrome Pós-Aborto**” (SPA). Clemente Pereira Rolim, especialista em Clínica Médica pela Associação Médica Brasileira (AMB), afirma que existem três principais fatores para a gestante em decorrência do aborto: sentimentos de remorso e culpa (60% das mulheres); oscilações de ânimo e depressões (30 a 40%); choro imotivado, medos e pesadelos (35%). Afirma Clemente Rolim:

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

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

⁵⁸ ROLIM, Luiz Clemente de Souza Pereira. *Aborto e traumatismos psicológicos*. São Paulo: Unifesp-EPM, 1996.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

psicossomáticas; depressões.⁵⁹

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

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

Verifica-se, dessa forma, que não há a menor razão de tratar o tema do aborto como uma “disputa” entre o direito à vida do nascituro e a dignidade da mãe, pois ambos os valores são claramente afetados com a liberalização da prática abortiva.

Por fim, com a descriminalização a indústria do sexo e do aborto também se proliferaria bem como a reificação da pessoa⁶¹. E quem pagará os homicídios? O Sistema de Saúde (SUS), incrementando os gastos públicos? Qual seria o impacto do aborto legalizado no orçamento? E a objeção de consciência

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

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

⁶¹ HONNETH, Axel. *Reification. A new look at an old idea*. Berkeley Tanner Lectures. Oxford:Oxford University Press.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

com relação ao financiamento de tais práticas, como ocorreu com o caso Hobby Lobby nos Estados Unidos⁶²?

É preciso buscar verdadeiras **soluções positivas e preventivas**, ainda que possam ser mais exigentes, tais como oferecer melhor condições de vida e **real absorção no mercado de trabalho**, onde, em realidade encontra-se, em muitos casos, a raiz do problema.

Em defesa da verdadeira dimensão essencial da dignidade da pessoa humana, de uma racionalidade e razoabilidade efetivamente jurídica, de uma justa proporcionalidade e do objetivo constitucional legítimo por excelência, qual seja o direito vida, pede-se que a questão seja interpretada de acordo com o esperado a partir do Direito. Como afirma Robert P. George da Universidade de Princeton: **“os juízes têm abusado de seu poder e muitas vezes usurpado de sua autoridade sobre o poder legislativo sob o pretexto de dar efetividade às garantias constitucionais. Isso acontece desde à época da escravidão, onde se resistiram às tentativas do Legislativo de diminuir seu alastramento com base em falsas garantias constitucionais. O mesmo aconteceu em 1973 no caso Roe x Wade. Também nesse caso sem nenhum suporte constitucional e sem uma argumentação jurídica sólida e que dificilmente podemos chamar de fática, a corte invalidou as leis que protegiam a criança não nascida de serem executadas através do aborto⁶³”**. Nesse sentido, afirma Lon Fuller, se as cortes

⁶² Burwell x Hobby Lobby Stores - 2014

⁶³ Entrevista UNAV, 2017. *Revista Derecho y Persona* n. 76.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

respeitassem a ordem jurídica, delas não deveríamos nos proteger”⁶⁴.

Pelas razões elencadas, espera-se em primeiro lugar que este Pretório Excelso devolva a questão a seu genuíno âmbito democrático não conhecendo da arguição em questão⁶⁵ e que caso venha a proferir decisão reafirme a perfeita compatibilidade dos artigos 124 e 126 com a Lei Máxima que defende a vida, ainda que precedentes abusivos tenham ignorado o estatuto constitucional do nascituro, já que seu valor intrínseco de pertença à espécie humana não é gradual. **Ter um filho é efetivamente um evento central na vida da mulher** e, portanto, não se pode deixá-la ainda mais vulnerável na integralidade da relação que o gera. Hoje nos Estados Unidos, onde em alguns Estados, desde que a possibilidade do aborto foi legalizada e este se pode realizar independentemente do momento da gestação, alguns médicos impedem a mãe de submeter-se à ultrassonografia, o que tem sido motivo de ações postuladas pela *Alliance Defending Freedom*. Até nisso mantém-se a mulher ignorante com relação à perpetração da ação, já que vacilaria ao conhecer plenamente sua maldade, proposta paradoxalmente por aqueles que juraram promover a vida. Pleiteia-se, portanto, a erradicação do problema nesse plano, ou seja, a partir da raiz e não de pseudo e agravantes paliativos, que produzirão ainda maiores dificuldades além de uma grave injustiça, também por aqueles que prometeram defender o direito.

⁶⁴ FULLER, 1987, p. 4-5

⁶⁵ *JUDGES ARE NOT TO BE PRESUMED TO POSSESS ANY PECULIAR KNOWLEDGE OF THE MERE POLICY OF PUBLIC MEASURES (...). IT IS FOREIGN TO JUSTICES' OFFICES TO MAKE THEM JUDGES OF THE POLICY OF PUBLIC MEASURES*” FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 52-53.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

Quanto às informações requisitadas com referência ao artigo 5o, parágrafo 2º da Constituição, espera-se que seja sistemicamente interpretado, demonstrando-se que as **outras garantias decorrentes do regime devem fundamentar-se nos princípios por ela adotados**, e no que se refere ao 6º, que se destaque a **proteção à maternidade e a assistência aos desamparados, defendendo tanto a mulher quanto o nascituro**.

Por fim, requer-se a rejeição da liminar ressaltando que é incabível tutela de urgência em se tratando de legislação pacífica, só violada por tergiversação política e protagonismo inócuo. **“A juridicidade requer que os juízes e oficiais apliquem o Direito, não de acordo com a fantasia própria ou pública, mas conforme princípios de interpretação que são apropriados em sua posição com relação à totalidade da ordem jurídica.”**⁶⁶ Por outro lado, **“Se nos apoiarmos no senso comum, mudanças não se darão com tanta facilidade”**⁶⁷.

Com o pedido afirma-se que o verdadeiro sentido de **“dignidade humana é um fundamento indireto da segurança jurídica. Sem essa última, a dignidade humana, como participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, fica severamente restringida.”**⁶⁸ **Sem direito à vida não há direitos. Sem vida é impossível cumprir o valor absoluto da dignidade humana. Só há liberdade se**

⁶⁶ RUNDLE, 2009, p. 106.

⁶⁷ FULLER, 1969, p. 79.

⁶⁸ Ibidem, p. 106-107.

Advogados

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS

há vida.

Como conclui o Professor Fuller: o Direito pode **“criar as condições que permitam ao homem projetar-se para cima. Realmente, é muito melhor do que pregá-lo numa parede declarando fim à articulação de seu bem maior”**⁶⁹. E nesse sentido, emprega uma analogia com relação ao sistema jurídico: **se em um determinado local os médicos costumam envenenar seus pacientes, não se pode dizer que este disponha de um sistema de saúde**⁷⁰.

Sendo essa primeira condição a vida, nenhuma autonomia dá direito a sacrificá-la. A renúncia ao pátrio poder poderia preservá-la, permitindo que outras pessoas sem filhos pudessem criá-los. Essa atitude certamente faria muito mais pela humanidade, do que levá-los à morte. **Encontrar outras soluções mais humanas seria o caminho, facilitando e promovendo, por exemplo, a adoção** e não obstruindo essa via tão complicada pela burocratização.

Por fim, recentemente os jornais advertiram que a Justiça apoderou-se do Legislativo na Venezuela sob a indignação da comunidade americana. Espera-se evitar ainda através da correta decisão qualquer passo rumo a uma completa ruptura democrática.

Por todas estas razões, firmado o convencimento deste Colendo Tribunal, defensor máximo da Constituição, e confiante em o discernimento

⁶⁹ SUMMERS, Robert. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University, 1984, p. 1..

⁷⁰ FULLER, 1969, p. 108.

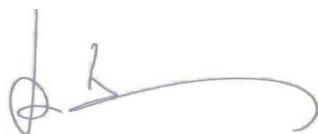
Advogados

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PAULO DE BARROS CARVALHO
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
ANDRE COSTA CORREA
FABIANA BASTOS**

próprio de sua mentalidade jurídica prevalecerá sobre qualquer vontade política, espera a requerente seja decretada a improcedência da ação, por questão de direito e de justiça, de respeito ao Estado Democrático de Direito, à vida humana e a todas as mulheres desta Nação.

Termos em que
Pede Deferimento.

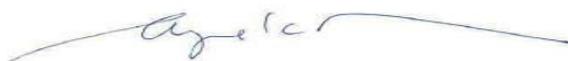
De São Paulo para Brasília, 31 de março de 2017.



**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
OAB-SP 11.178**



**PAULO DE BARROS CARVALHO
OAB-SP 122.874**



**ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
OAB-SP 161.375**



**ANDRE COSTA CORREA
OAB-SP 175.567**



**FABIANA BASTOS
OAB-SP 328.955**