

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, DO SUPREMO
TRIBUNAL
FEDERAL.
DD. RELATORA DA ADPF 442/DF.

MANIFESTAÇÃO – *AMICUS CURIAE*

ADPF 442

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL

Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA CIDADANIA PELA VIDA - ADIRA,
pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com atuação em todo
território nacional, devidamente registrada no Cartório do 2º Ofício do Registro
Civil de Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas, sob o nº 000064766, em
27 de abril de 2009 (Doc. nº1), por seu Presidente, o advogado José Miranda
de Siqueira, inscrito na OAB DF sob o nº 10.332 que subscreve a presente
(Docs. 3 a 6) vêm requerer a Vossa Excelência, por aplicação analógica do
art. 7º, §2º, da Lei nº 9868/99, c/c o art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9882/99, o
ingresso no feito como *amicus curiae*, o que faz nos seguintes termos:

Síntese da ação

Conforme reconhecido por Vossa Excelência na decisão de fls. nos autos da ação em epígrafe, trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade -PSOL, em face de alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), pela ordem normativa constitucional vigente.

A parte autora sustenta a não recepção parcial dos dispositivos legais que seriam impugnados pela Constituição da República. Aponta, como preceitos fundamentais afrontados, os da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1^a, incisos I e II; art. 3^o, inciso IV; art. 5^o, caput e incisos I, III; art. 6^o, caput; art. 196; art. 226, § 7^o).

Alega estarem presentes os requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), e requer, em caráter de medida cautelar: (i) suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; (ii) reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento.

No mérito, pugna pela procedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que seja declarada a não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas.

Na ocasião, esta Eminentíssima Relatora determinou a remessa de informações prévias, nos termos do que prescreve o art. 5^o, § 2^o, da Lei nº 9.882/1999, pelo Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados, dando-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Cabimento da intervenção como *amicus curiae*

2. A admissão da intervenção da Requerente na ADPF encontra guarida no § 2º do artigo 7º da Lei n.º 9.868/99, aplicado analogicamente, configurando o que se convencionou chamar de *amicus curiae*, senão vejamos:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...]

§ 2º O relator, considerando a **relevância da matéria** e a **representatividade dos postulantes**, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

3. É assente na jurisprudência dessa Suprema Corte a significativa importância da intervenção formal do *amicus curiae* nos processos de fiscalização normativa abstrata, uma vez que representa a pluralização do debate constitucional e confere legitimidade democrática às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional.

4. Essas características advêm da interação dialogal entre o STF e as entidades representativas que se apresentam como ‘amigos da Corte’, em que a discussão tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal. A participação de *amici curiae* possibilita decisões melhores e mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito¹.

5. Alexandre de Moraes destaca a importância do *amicus curiae* no controle concentrado diante da abstração e objetividade deste, pois permite ao STF levar em consideração os entendimentos doutrinários e as consequências da decisão sobre o tema em discussão².

6. Feitas as sobreditas considerações iniciais acerca dessa figura, passa-se à análise dos critérios de acolhimento.

7. A relevância da matéria é de solar evidência, haja vista a manifesta ofensa a inviolabilidade do direito a vida, de repercussões ainda insondáveis.. Especificamente no que se refere ao ponto que será explorado em maior profundidade pelo peticionário – aborto, tem-se matéria que diz imediatamente com

¹ ADI 5357, Re. Min. EDSON FACHIN, j. 01/04/2016, DJe-061, 04/04/2016.

² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 706.

a vida humana, de profunda complexidade e significação médica, biológica, jurídica, ética e moral.

8. Essa questão interessa a todos, e não poderia ademais haver temática mais relevante. As considerações da Requerente certamente contribuirão com esta Magna Corte, porquanto a ADIRA oferecerá subsídios técnicos e jurídicos importantes para uma melhor compreensão do assunto, viabilizando, por conseguinte, um julgamento mais abalizado.

9. A representatividade da ADIRA decorre do grande papel que esta Entidade exerce na promoção da Cidadania pela Vida. A ADIRA é uma instituição de cunho ético, suprapartidária e suprarreligiosa, sem fins lucrativos, composta por profissionais de diversos ramos da ciência e que, neste particular tema, representa o Movimento Nacional Brasil Sem Aborto.

10. O debate da presente questão gira em torno de questões científicas multidisciplinares incluindo jurídicas que se aprovadas podem inclusive solapar posição do Poder Constituinte Originário eis que a questão da inviolabilidade do direito à vida foi exaustivamente discutida e aprovada por deputados constituintes que representaram a vontade popular definindo cláusula petrea. Não resta dúvida de que o assunto é de extrema complexidade, indo além de mero procedimento de saúde e de ética médica para abranger dimensões éticas e morais em geral. Esta discussão congloba diversos aspectos dos direitos humanos, como o direito à vida, à liberdade de expressão, de pensamento e consciência.

11. Nesse sentido, importante aspecto revelador do nexo de causalidade entre as finalidades institucionais da ADIRA e o objeto da ação se encontra no fato de a ADIRA atuar fortemente em atividades de interesse público no âmbito do exercício da cidadania e de direitos humanos E DIREITO À VIDA . A Associação que ora se apresenta como amiga da corte, organiza anualmente a Marcha Nacional em Defesa da Vida que ocorre em Brasília e desenvolve trabalho de conscientização de cidadania na defesa da cultura da vida e da paz , de modo a manter em suas diretrizes a valorização da dignidade da pessoa humana e a defesa da vida.

12. Pois bem. No que se refere à possibilidade de manifestação, deferimento e prazo respectivo para o presente petitório, orientam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco³:

A Lei nº 9.868/99 preserva a orientação contida no Regimento Interno do STF que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7º).

Constitui, todavia, **inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae*** no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

Trata-se de providência que confere caráter pluralista e democrático (CF/88, art. 1º, parágrafo único) ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

Em vista do veto presidencial apostado ao § 1º do art. 7º, surge a indagação sobre qual o momento para o exercício do direito de manifestação por parte do *amicus curiae*.

No que concerne o prazo para o exercício do direito de manifestação (art. 7º), parece que tal postulação há de se fazer dentro do lapso temporal fixado para apresentação das informações por parte das autoridades responsáveis pela edição do ato.

É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora do prazo das informações na ADI (art. 9º, §1º), especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa.

Observa-se por outro lado, que o requisito da pertinência temática também deve ser observado para o fim de admissão de *amicus curiae*.

Quanto à atuação do *amicus curiae*, após ter entendido que ela haveria de limitar-se à manifestação escrita, houve por bem o Tribunal admitir a sustentação oral por parte desses peculiares partícipes do processo constitucional. **Em 30-3-2004, foi editada Emenda Regimental, que assegurou aos *amicus curiae*, no processo de ADI, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos**, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, pelo prazo contado em dobro.

Essa nova orientação parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição (sem destaques no original).

13. Nesse sentido, é que se constata a pertinência temática, bem como a legitimidade e propriedade desta Associação, ora peticionante, que muito tem a trazer de relevo no interesse do melhor julgamento da causa, podendo enriquecer essa ADPF com informações que haverão de propiciar maiores possibilidades argumentativas e interpretativas para a análise da situação em apreço. Lembremos,

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1134-1135.

a propósito, da previsão de possibilidade de sustentação oral quando da admissão da Requerente como *amicus*, nos termos do art. 131, § 3º, do Regimento Interno dessa Corte.

Aspectos psíquicos ligados ao Aborto

14. O Partido político Requerente ao erguer a bandeira do direito de liberdade da mulher para realizar aborto até 12 semanas de gravidez, além de defender o direito à morte do nascituro agride o direito constitucional à saúde da gestante diante do grave quadro clínico psicológico pós aborto que a mesma estará acometida, criando assim novo problema para o Estado brasileiro de arcar com os tratamentos de saúde mental das mulheres que abortaram.

15. Sobre os aspectos psicológicos não vislumbrados pelo Requerente, salientam-se outros olhares em relação à saúde mental das mulheres que experimentaram o aborto, expostos adiante.

16. Estudo longitudinal⁴ evidenciou aumento de 30% de transtornos mentais nas mulheres que tiveram aborto. Ao comparar quatro subgrupos (mulheres que tiveram aborto induzido; mulheres com abortos espontâneos/mortes fetais; mulheres com gestação indesejada ou reações adversas durante a gestação cuja criança nasceu; e mulheres que não tiveram reações adversas durante a gestação cuja criança nasceu) o estudo demonstra que o risco relativo de desenvolver diversos transtornos mentais como depressão maior, transtorno de ansiedade, ideação suicida, dependência de uso de álcool, dependência de uso de drogas ilícitas e outros transtornos mentais, foi consideravelmente maior no subgrupo de mulheres que induziram aborto em relação aos demais subgrupos. Mesmo se comparando o subgrupo do aborto induzido com o subgrupo das mulheres com gestação indesejada ou reações adversas durante a gestação cuja criança nasceu, à exceção do transtorno depressivo ser ligeiramente maior no segundo subgrupo, o risco relativo de desenvolver os demais transtornos mentais citados foi maior para o subgrupo que procedeu o aborto. Também é importante destacar que o estudo em

⁴ Fergusson DM, Horwood LJ, Boden JM. Abortion and mental health disorders: evidence from a 30-year longitudinal study. *The British Journal of Psychiatry* Dec 2008, 193 (6) 444-451

tela, para reduzir os possíveis vieses, considerou o ajuste de 17 fatores covariáveis que poderiam incidir ou influenciar na análise dos resultados, entre os quais estão a escolaridade materna, o status socioeconômico familiar, abuso sexual na infância, morar com os pais, coabitar com o pai da criança, problemas relacionados ao emprego, doença ou morte na família, entre outras.

17. Um outro estudo⁵, que realizou uma revisão de 36 artigos científicos entre 1995 e 2011 que compararam o aborto e gravidez com nascimento da criança com seus respectivos desfechos em saúde mental, apontou que 13 artigos mostraram um risco evidente de pelo menos um dos transtornos mentais (os mais citados foram depressão, transtornos de ansiedade, incluindo síndrome de stress pós-traumático e abuso de drogas), relatados no grupo de mulheres que provocou aborto em relação às mulheres que tiveram parto; cinco trabalhos mostraram nenhuma diferença, em particular, se as mulheres não consideram a sua experiência de perda fetal ser difícil e apenas um estudo relatou uma piora na saúde mental das mulheres que tiveram parto. Ao comparar aborto provocado com gravidezes não planejadas que terminam com o parto, quatro artigos encontraram um risco maior nos grupos de aborto e três, nenhuma diferença. Se comparados o aborto provocado com o abortamento espontâneo, três artigos mostraram um risco maior de transtornos mentais secundários ao aborto provocado, quatro estudos não encontraram nenhuma diferença e dois descobriram que a ansiedade e a depressão de curto prazo foram maiores no grupo de mulheres que sofreu abortamento espontâneo, enquanto que a ansiedade e a depressão de longo prazo estavam presentes apenas no grupo que provocou aborto.

18. Já um estudo realizado por pesquisadores brasileiros e estrangeiros em 2011 no Recife/Pernambuco⁶, coincidentemente a mesma região onde se registraram em 2015 os primeiros casos de microcefalia devido à Zika virose no Brasil, anuncia-se como a primeira coorte populacional que considerou mulheres brasileiras que cogitaram ou tentaram o aborto. Os pesquisadores identificaram

⁵ Bellieni, CV, Buonocore, G. Abortion and subsequent mental health: Review of the literature. *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, 2013, 67:301–310.

⁶ Ludermir AB, Araya R, Araújo TVB, Valongueiro SA, Lewis G. Postnatal depression in women after unsuccessful attempted abortion. *The British Journal of Psychiatry* Mar 2011, 198 (3) 237-238

1133 mulheres de famílias de baixa renda na cidade de Recife, todas no primeiro trimestre de gravidez e a partir de registros dos profissionais de saúde dos postos/centros de saúde da região, entre elas também as mulheres que não recebiam acompanhamento pré-natal. As gestantes foram inquiridas se elas consideraram o aborto como opção, se em algum momento da gestação consideraram a hipótese de abortar e, se afirmativo, foram inquiridas privativamente sobre se tentaram abortar, inclusive perguntando-se por qual método, para se checar a confiabilidade da resposta. Também foram questionadas sobre a aceitação da gravidez pelo pai da criança, se já sofreram abusos sexuais pelo atual ou ex-parceiros e também sobre seu histórico de transtornos mentais antes de engravidar. Em relação aos resultados, 1057 gestantes completaram a entrevista, das quais 755 (73%) delas não consideraram abortar, 142 (14%) consideraram a hipótese de abortar e 140 (14%) tentaram o abortamento. O estudo destaca ainda que o quarto desfecho possível (mulheres cuja tentativa de abortamento resultou em morte da criança) não foi possível avaliar pois o aborto é ilegal no Brasil. A frequência de casos de depressão pós-parto entre as gestantes do primeiro grupo citado foi de 22%, a do segundo foi de 32% e a do terceiro grupo foi de 41%. Ou seja, o estudo encontrou que entre as mulheres que tentaram o abortamento houve quase o dobro de casos de depressão pós-parto se comparado com o grupo de mulheres que não consideraram a hipótese de abortar. no entanto, apesar de não disponibilizarem os dados, os autores em tela não encontraram nenhuma associação entre gravidez indesejada e transtornos mentais auto-relatados antes da gravidez entre as gestantes de Pernambuco que pudessem ser considerados como o grande motivo da depressão pós-parto. Do ponto de vista científico, é pouco crível inferir que os dados da pesquisa possam ser extrapolados para o universo de todas as mulheres brasileiras e em épocas distintas (2011 x 2016), assim como inferir que os dados dos estudos estrangeiros posteriores a 2011 sejam um corolário apropriado para a realidade brasileira em tempos de infecção por Zika. Contudo, tais achados do estudo permitem indagar, contrastando com a alegação empírica da Requerente (item 12 da petição a seguir) se o aborto seria a melhor solução, já que seus efeitos e danos psicológicos tendem a ser mais severos do ponto de vista psíquico se comparado com o pleno desenvolvimento da gestação. Entretanto, concordamos no ponto de que os representantes do Estado e a sociedade brasileira deveriam prover melhores condições de apoio às gestantes brasileiras, inclusive considerando -além

da oferta dos cuidados pré-natais apropriados- a pertinência do acesso de todas as gestantes brasileiras a psicólogos, de modo que não se sintam sozinhas diante da gravidez.

Ainda no escopo da Saúde Mental, muitas publicações científicas utilizam as terminologias “transtorno de stress pós traumático” e “sintomas de stress pós traumático” para avaliar os efeitos do aborto. A **primeira** é um conjunto de sinais e sintomas definidores de uma doença cuja categorização envolve numerosos critérios diagnósticos⁷, seja adotada a “Classificação Internacional de Doenças” – CID, seja o “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” –DSM; e a **segunda** reflete condições de sofrimento mental, transitórias ou não. Ambas as condições motivam as pessoas a buscarem ajuda em serviços de saúde. Um estudo sueco⁸ entrevistou 1514 gestantes antes do término da 12ª semana que solicitaram o aborto induzido em hospitais públicos suecos, de acordo com questionário baseado no DSM IV, e evidenciou que a prevalência de transtorno de stress pós traumático foi de 4% e a prevalência de sintomas de stress pós traumático foi de 23% entre as entrevistadas. Outro estudo⁹ que abordou mulheres que recorriam a serviços que ofereciam aborto as inquiriu sobre sentimentos e emoções 1 hora antes da realização do aborto, 1 hora após, 1 mês após e 2 anos após o procedimento. Após 2 anos da realização do aborto, 20 % das mulheres estavam deprimidas e 1 % estava com transtorno de stress pós-traumático. Embora o estudo relate que a depressão havia diminuído e a auto-estima havia aumentado do período pré-aborto para o pós-aborto, houve aumento de emoções negativas e diminuição da satisfação com a decisão tomada ao longo do tempo. Já outro estudo¹⁰ que entrevistou mulheres que tiveram aborto induzido e mulheres que tiveram parto, sobre sintomas e transtornos mentais tais

⁷ Kapczinski F, Margis R. Revista Brasileira de Psiquiatria Vol. 25, supl. 1 (jun. 2003), p. 3-7.

⁸ Lundell et al. The prevalence of posttraumatic stress among women requesting induced abortion. The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care. 2013;18 (6):480-488.

⁹ Major B et al. Psychological responses of women after first-trimester abortion. Arch Gen Psychiatry; 57(8): 777-84, 2000 Aug.

¹⁰ Broen et al. The course of mental health after miscarriage and induced abortion: a longitudinal, five-year follow-up study. BMC Medicine 2005 3:18.

como ansiedade, culpa, vergonha e alívio em quatro diferentes momentos após o término da gestação, seja com nascimento ou por aborto (10 dias após, 6 meses após, 2 anos após e 5 anos após), evidenciou que o grupo de mulheres que tiveram aborto induzido apresentaram pontuações em escalas diagnósticas para depressão e ansiedade significativamente maiores que as mulheres que desenvolveram a gestação até o parto em todos os 4 momentos inquiridos. Tais estudos, cujos desenhos metodológicos basearam-se em inquirir as mulheres em diferentes momentos após o aborto induzido, sugerem que os impactos sobre a saúde mental das mulheres são progressivamente maiores à medida em que o tempo passa, sinalizando efeitos tardios que não deveriam ser menosprezados no debate.

19. Em revisão de 22 estudos que analisaram aborto e saúde mental, Coleman¹¹ encontrou que as mulheres que se submeteram ao aborto apresentaram aumento de 81% de risco de problemas em saúde mental e que aproximadamente 10% da incidência de problemas em saúde mental demonstrou-se atribuível ao aborto. Todavia, outros estudos subsequentes criticaram a metodologia desta revisão, sobretudo por não contemplar estudos que avaliaram mulheres com histórico de transtorno mental pré-existente à gestação, que seriam mais propensas à depressão após uma gravidez indesejada, independentemente de abortar ou levar a gravidez a termo.^{12 13 14}

20. Em suma, apesar de diferentes metodologias e conclusões, os estudos sinalizam que há repercussão na saúde mental das mulheres que provocam o

¹¹ Coleman PK. Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995–2009. *The British Journal of Psychiatry* Aug 2011, 199 (3) 180-186.

¹² Biggs MA, Rowland B, McCulloch CE, Foster DG. Does abortion increase women's risk for post-traumatic stress? Findings from a prospective longitudinal cohort study. *BMJ Open*. 2016;6(2).

¹³ Academy of Medical Royal Colleges by National Collaborating Centre for Mental Health. Induced abortion and mental health: a systematic review of the mental health outcomes of induced abortion, including their prevalence and associated factors. December 2011

¹⁴ Steinberg JR, McCulloch CE, Adler NE. Abortion and Mental Health: Findings From the National Comorbidity Survey-Replication. *Obstetrics and gynecology*. 2014;123(2 0 1):263-270.

aborto, em maior ou menor proporção, seja configurado por transtorno mental/doença, seja pela apresentação de sintomas de sofrimento mental.

21. Um estudo recente do Colégio Americano de Pediatras¹⁵ alerta para os efeitos adversos de um aborto induzido, independente da motivação para sua realização. Em relação à saúde mental, a publicação cita estudos na Califórnia e na Finlândia que demonstraram que a taxa de suicídios em mulheres nos anos subsequentes à realização de um aborto foi de 2,5 a 7 vezes mais alta do que nas mulheres que tiveram parto. Também menciona outro estudo que acompanhou 3636 estudantes secundaristas de área rural que evidenciou que as mulheres adolescentes foram 10 vezes mais propensas a cometer suicídio se elas tivessem sofrido um aborto nos últimos 6 meses do que se elas não o tivessem; e que adolescentes com história prévia de realização de aborto tinham cerca de 6 vezes mais probabilidade de tentarem suicídio, se comparadas com adolescentes que não tinham história prévia de realização de aborto.

22. Além dos prejuízos na saúde mental descritos no estudo acima, seus autores sugerem a grande probabilidade de desenvolvimento de câncer de mama nas mulheres que tiveram aborto induzido até 32 semanas de gestação, ancorado em posicionamento do Breast Cancer Prevention Institute¹⁶.

23. Já o risco de mortalidade materna a longo prazo é consideravelmente maior nas mulheres que provocaram o aborto se comparadas às que levaram sua gestação adiante. Tal inferência deriva de estudos que compararam registros de gestação com registros de morte em milhares de mulheres na Califórnia¹⁷, na Finlândia¹⁸ e na Dinamarca. Ademais, o estudo dinamarquês¹⁹ revisou os registros

¹⁵ American College of Pediatricians. Induced Abortion: Risks That May Impact Adolescents, Young Adults, and Their Children – August 2016. Disponível em: <https://www.acped.org/wordpress/wp-content/uploads/8.9.16-Induced-Abortion-updated-PJ-and-JA.pdf>

¹⁶ BCPI fact sheet: induced abortion increases breast cancer risk. Breast Cancer Prevention Institute website. Disponível em: <http://www.bcpinstitute.org/FactSheets/FS-INTROD-ABC-LINK.pdf>.

¹⁷ Reardon DC, Ney PG, Scheuren FJ, Cogle JR, Coleman PK, Strahan T. Deaths associated with pregnancy outcome: a record linkage study of low income women. *South Med J.* 2002;95(8):834-841

¹⁸ Gissler, M, Kauppila R, Merilainen J, Toukomaa H, Hemminki E. Pregnancy-associated deaths in Finland 1987-1994: definition problems and benefits of record linkage. *Acta Obstet Gynecol Scand.* 1997;76:651-657.

de 463.473 mulheres durante os 10 anos seguintes às suas gestações e descobriu que as mulheres que induziram o aborto após 12 semanas de gestação tiveram as mais altas taxas de mortalidade, seguidas pelas mulheres que provocaram o aborto até as 12 semanas, seguida pelas mulheres que sofreram aborto espontâneo, enquanto as mulheres que não interromperam a gestação tiveram as menores taxas de mortalidade a longo prazo.

24. Além disso, a publicação do Colégio Americano de Pediatras (2016) em tela elenca diversos estudos enfocando os problemas obstétricos advindos do aborto induzido, tais como repercussões sobre as crianças de futuras gestações, especialmente a prematuridade extrema e muito baixo peso ao nascer²⁰; aumento do risco de placenta prévia se o aborto for executado por meio de curetagem²¹; aumento de infertilidade²²; aumento de aborto espontâneo em futuras gestações²³. Tais achados foram questionados em sua maioria pelo Instituto Guttmacher²⁴, instituto de pesquisa oriundo da International Planned Parenthood Federation, sendo esta a maior provedora de serviços abortistas nos Estados Unidos e com ramificações internacionais.

25. Outro aspecto fundamental que merece ser aprofundado é a prestação do serviço abortivo no mundo e suas implicações para o Brasil. Os dados da International Planned Parenthood Federation- IPPF- compilados pela Family

¹⁹ Reardon D, Coleman P. Short and long term mortality rates associated with first pregnancy outcome: population register based study for Denmark 1980-2004. *Med Sci Monit.* 2012;18(9):PH71-76. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3560645/>. Accessed on Sept 21, 2013.

²⁰ Moreau C, Kaminski M, Ancel PY, et al. Previous induced abortions and the risk of very preterm delivery: results of the EIPAGE study. *Obstet Gynecol Surv.* 2005 Oct;60(10):627-628.

²¹ Johnson LG, Mueller BA, Daling JR. The relationship of placenta previa and history of induced abortion. *Int J Gynaecol Obstet.* 2003 May;81(2):191-8

²² Tzonou A, Hsieh C, Trichopoulos D. Induced abortions, miscarriages, and tobacco smoking as risk factors for secondary infertility. *J Epidemiol Community Health.* 1993;47:36-39.

²³ Xu G, Wu Y, Yang L, et al. Risk factors for early miscarriage among Chinese: a hospital-based case-control study. *Fertil Steril.* 2014 Jun;101(6):1663-1670.

²⁴ Fact sheet: induced abortion in the United States. Guttmacher Institute website. <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-united-states#9>. Acessado em outubro de 2016.

Research Council²⁵ mostram que em 2013 a IPPF foi responsável pela realização de 327.653 abortos induzidos nos Estados Unidos, ou seja, em média 898 crianças morreram por abortamento por dia, ou uma criança abortada a cada 96 segundos nos Estados Unidos. A receita total da International Planned Parenthood Federation - que é considerada nos Estados Unidos como instituição sem fins lucrativos- entre 2013 e 2014 foi de US\$ 1,3 bilhão (um bilhão e trezentos milhões de dólares). Dessa receita, 528 milhões de dólares foram recebidos de subvenções e contratos com o governo federal, com os governos estaduais e locais dos EUA, o que permite dizer que 46% do seu financiamento teve origem pública, custeada pelos contribuintes estadunidenses. Considerando que a IPPF foi responsável por 31,5% de todos os abortos realizados nos EUA em 2011 de acordo com o relatório da Family Research Council, é de clareza solar a grande lucratividade da “indústria abortista”. Curiosamente, recentemente houve caloroso debate americano sobre o chamado “Obamacare”, reforma sanitária que originalmente obrigava todos os provedores de serviços de saúde a oferecerem em sua cobertura assistencial os métodos contraceptivos e abortivos. Neste contexto, entidades provedoras de serviços de saúde, sobretudo religiosas, manifestaram sua objeção de consciência e lograram a exclusão da obrigatoriedade da oferta de métodos contraceptivos e abortivos após decisão da Suprema Corte Americana. Tais elementos podem iluminar o debate contemporâneo brasileiro, no que tange aos aspectos jurídicos dependentes de iminente decisão da Egrégia Corte, como também legislativos, em função de diversos projetos de lei sobre o tema em tramitação e a prosperidade ou não de uma Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o aborto no Brasil, destinada a investigar a existência de interesses e financiamentos internacionais para promover a legalização do aborto no Brasil.

26. Ao retomar o objeto da ADPF, poderia ser inferido que a propositura da Requerente ao aborto, ancorada nos supostos DIREITOS DE LIBERDADE da mulher RECONHECIDOS apenas até a 12 semana de gravidez, poderia expor às mulheres que cometerem o aborto a um maior risco subsequente de desenvolver transtornos mentais do que se tiverem desenvolvido a gestação até o final, com o

²⁵ Family Research Council. The real Planned Parenthood: Leading the culture of death – 2015 edition. Disponível em: <http://downloads.frc.org/EF/EF11B52.pdf>

nascimento da criança. Além disso, os transtornos mentais citados envidariam um acompanhamento psicológico e psiquiátrico da mulher que eventualmente venha a induzir o aborto, considerada a longitudinalidade dos sintomas, sobretudo na dependência de drogas. Os resultados dos estudos discorridos neste capítulo também colocam em xeque o argumento de que a realização de um abortamento assistido por profissionais de saúde, assim considerado “aborto seguro”, diminuiria a taxa de mortalidade materna e outros impactos sobre a saúde da mulher. **Aliás, a expressão “aborto seguro” é amplamente parcial e equivocada, já que o abortamento provocado é potencialmente inseguro para a saúde da mãe do ponto de vista orgânico e mental, e nunca é seguro para o nascituro, que invariavelmente morre ou é desfigurado por ação farmacológica ou cirúrgica.**

27. Também é pertinente lembrar que é bem plausível que haja maior disponibilidade proporcional de psicólogos e psiquiatras em centros brasileiros que realizam o aborto em situações de despenalização prevista em lei e jurisprudência (erroneamente chamados de “centros de aborto legal”) para assistir à mulher que deseja abortar do que para a grande maioria das mulheres que passam por experiências negativas e dificuldades ao longo da gestação ou até mesmo para as mulheres que já apresentavam transtornos mentais ou sofrimento psíquico prévios à gestação.

28. Com efeito, os resultados à saúde da mulher que aborta são mais desfavoráveis do ponto de vista psíquico e também orgânico.

29. “Quando a mãe decide pela interrupção da gravidez, abortando, não pode assimilar, elaborar e descobrir o sentido da dor que é obrigada a suportar. Esta necessidade, que é uma exigência nos tratamentos psicológicos, fica dificultada. Não tem a oportunidade de descobrir o sentido daquela vida que gerou... E, não experimentando por parte daqueles que acompanhavam, que seu filho não tinha valor, sente se também desvalorizada.

30. Nesse passo, o drama humano é reduzido a ponto de a resolução dos problemas advindos da pobreza encontrar no aborto sua solução. A proposta não apresenta nenhuma orientação consistente para mudar o curso do determinismo que alia pobreza à natural redução da dignidade da pessoa humana. Pelo contrário,

parece ser fato consumado a miséria como algo sem perspectiva de mudança, o Estado fadado ao falimento e a sociedade à mercê de algo inevitável e imutável.

31. Desistir de lutar pela melhoria das condições de vida dos mais necessitados é saída completamente contrária à opção, sem dúvida melhor, de trabalhar por uma nova ordem política, social, econômica, sanitária e ecológica. Antes de decisão da Suprema Corte sobre a autorização para o aborto, dever-se-ia esgotar o universo de possibilidades que tornaria nossas cidades *habitats* dignos para todos, transformando nossas comunidades em protagonistas da mudança.

Apreciação geral, jurídica e política

32. Nos tópicos que seguem mais abaixo, empreende-se um exame estritamente jurídico, à luz do direito pátrio, de maneira sistematizada e analítica, sobre a pretensão de liberação do aborto ,nesta altura, sem maiores rigores de sistematização, faz-se um esquadramento geral desse pleito abortista, desde logo explicitando razões, jurídicas e políticas, a evidenciar que deve ser ele julgado improcedente.

33. De início, registramos que merece apoio a sólida manifestação do Congresso Nacional a respeito da legalização do aborto, em parecer da Advocacia do Senado Federal:

O nascituro é juridicamente protegido e dotado de direitos em nosso ordenamento. Sob o prisma legal, o Código Civil lhe contempla direitos patrimoniais específicos (art. 542), bem como os direitos civis de modo geral (art. 2º), e a jurisprudência lhe concede, inclusive, legitimidade para ser indenizado por danos morais (e.g., o Recurso Especial n. 1.487.089, que cuidou de ruidoso caso de ofensa irrogada em face de nascituro e de sua mãe, consagrada artista).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, internalizada no ordenamento pátrio com status supralegal, consagrou o direito à vida, em geral, desde a concepção. O seu texto enuncia que Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Impende anotar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não pretende disputar espaço – formal ou materialmente – com o Código Civil Brasileiro. Sob o ponto de vista formal, é-lhe superior; sob o ponto de vista material, é especial em relação ao último, porque trata – no ponto – especificamente do direito à vida, não sendo em absoluto incompatível com a consagração genérica que o Código Civil faz aos denominados “direitos do nascituro”, ainda que destituído da personalidade jurídica no sentido do direito civil.

A Constituição da República, por outro lado, declara inviolável o direito fundamental à vida, na forma do caput de seu art. 5º.

A respeito do tema, importa destacar que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas deixou de acolher, em sua Resolução 2.106, de 24 de junho de 2013, proposta do Secretário Geral da ONU que propunha o uso de aborto como medida de resposta aos casos de violência sexual em situações de conflito, deixando – ainda que implicitamente – de reconhecer o aborto como suposto direito humano.

Desse modo, é indubitável que o nascituro goza de especial proteção no ordenamento jurídico – tanto pela via constitucional direta quanto em virtude das disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica, inteiramente compatível, no ponto, com o que está disposto no Código Civil Brasileiro.

Essa proteção à vida, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não é absoluta – como, aliás, é comum a todo e qualquer direito fundamental. No entanto, o mesmo Plenário do Supremo Tribunal Federal tem mantido – a partir das decisões constantes na ADI 3.510 (células tronco embrionárias) e na ADPF 54 (anencefalia) – o critério da inviabilidade do nascituro como ratio decidendi principal de decisões judiciais que promovam a relativização da proteção à vida dos nascituros. Nesse sentido, é estéril, para os fins da discussão que ora se trava, saber se o ordenamento jurídico brasileiro adotou, afinal, a teoria natalista ou a concepcionista para a personalidade jurídica. Isso porque a atribuição específica do direito à vida, como proteção elementar concedida ao ser humano enquanto tal, não é, em tese, incompatível com a ausência de uma personalidade formal, embora, desde o fim do lamentável período escravocrata, essa distinção seja, em geral, inexistente.

A fixação desse marco – o da inviabilidade – resulta, assim, incompatível com o pedido formulado na presente ação, visto que os fetos com microcefalia são geralmente viáveis, embora possuam uma malformação que lhes causará transtornos em sua vida.

Invoca-se, quanto ao ponto, a ideia dworkiniana do romance em cadeia: o próprio STF estabeleceu marcos, aos quais, por dever de integridade (agora expressamente previsto no Código de Processo Civil), deve se ater, para evitar a tentação de eventual voluntarismo incompatível com a separação de Poderes.

Ainda quanto à separação de Poderes, importa recordar o relevante contributo de Mary Ann Glendon, que trata da chamada linguagem (ou discurso) dos direitos (rights talk). A professora da Harvard Law School demonstra, em sua pesquisa, a formação de um discurso sobre direitos individuais que é pernicioso à democracia e às práticas políticas, porque tende a afastar o senso de responsabilidade individual e a fazer os cidadãos menos dispostos à formação de um consenso discursivo. Afirmar a autora: “Thus far, in our investigation of American rights talk, we have observed a tendency to formulate important issues in terms of rights; a bent for stating rights claims in a stark, simple, and absolute fashion; an image of the rights-bearer as radically free, self-determining, and self-sufficient; and the absence of well-developed responsibility talk. [...] The Court’s ruling is made to appear almost inevitable: the winner’s position entirely vindicated, the loser’s thoroughly discredited” (GLEDON, Mary Ann. *Rights Talk: the impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991. pp. 107 e 154.)

O pedido formulado na presente demanda é fruto da tentativa de conversão em linguagem de direitos de uma pretensão que, a rigor, ainda pertence ao campo da política legislativa criminal.

Com efeito. Se o texto constitucional não concede absoluta proteção à vida em todo e qualquer caso (e a previsão constitucional de pena de morte prova essa constatação), tampouco se pode afirmar que a Constituição seja indiferente (ou, ainda mais grave, favorável) à descriminalização do homicídio ou do aborto.

Sob o ponto de vista dos limites semânticos do texto constitucional, há uma margem legislativa mais ou menos definida para se demarcar a extensão da proteção jurídica da vida, inclusive quanto ao nascituro. É, pelo menos, o quanto restou afirmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, ao estabelecer que a proteção legal dada ao embrião e ao feto eram legítimas.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal dá respaldo à aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente (*untermassverbot*) em matéria penal, como, e.g., no Recurso Extraordinário n. 418.376 (que versava sobre exclusão de punibilidade em estupro), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112, além de ter servido como referencial teórico da linha minoritária na já referida ADI n. 3.510.

Nesse sentido, parece lícito afirmar que a completa ausência de proteção ao bem jurídico da vida, expressamente consagrado no caput do art. 5º de nossa Constituição, certamente afrontaria um dever constitucional de proteção estatal. Esse dever, quer nos parecer, tem incidência tanto à vida dos natos quanto de nascituros, mormente porque assim dispõe a legislação vigente – que, no ponto, não colide com o citado dever de proteção.

Não por outra razão é que o eminente José Afonso da Silva pontifica que o direito à vida constitui a fonte primária de os outros bens jurídicos. Em verdade, é mesmo o centro gravitacional ao redor do qual orbitam todos os outros direitos do gênero humano.

Em consequência, tem-se que do asseguramento do direito à vida defluem todas as outras situações, quer sejam jurídicas, políticas, econômicas, morais ou religiosas do Homem (*in genere*). Assim e ainda de acordo com o mesmo jurista de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

34. O recurso do aborto como política pública do Autor para controle populacional, camuflado em pretensão reconhecimento da liberdade da mulher, geraria o gravíssimo problema psicológico da gestante já apontado, quando teríamos gestantes com graves riscos de depressão, famílias cada vez mais inseguras pela responsabilidade de se sacrificar um nascituro saudável. É primordial que não deixemos que o aborto seja tomado como controle populacional pelo fato do direito a vida ser inviolável por vontade popular.

35. Defender o aborto nessa situação implicará em descabida eliminação de vidas, e em perpétuo sofrimento para as famílias. Elimina-se o feto e tudo,

aparentemente, continua como antes. O culpado inocente é justamente a criança cuja mãe é a responsável pela escolha da sua vida. Quantas crianças sofrerão o aborto, que poderá vir a ser legitimado pelo STF na contramão da Constituição? Quantos Rui Barbosas, Pelés, Ayrton Senas, etc.. poderiam ser abortados se estivermos distantes de lhes oferecer proteção? E a mãe, o pai, a família que está diante deste dilema? Serão colocados diante de uma decisão que objetivamente não lhes dará nenhum benefício.

36. Definitivamente, submeter as pessoas que já recebem tão pouco da sociedade a decisão de eliminar o filho no ventre, gerado muitíssimas vezes por opção, é tirar, de forma cruel e enviesada, a dignidade dessas indivíduos. É talvez eliminar a possibilidade de desenvolver a família, comprimindo a perspectiva de futuro na linha de vida dessas pessoas e de sua descendência.

37. A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º). O direito à vida é o primeiro, o mais fundamental e o mais óbvio dos direitos de cada homem. Suprimi-lo por razões sentimentais, de eugenia ou quaisquer outras, é retroceder na história.

38. Além do mais, há inaceitável posição conformista em semelhante pretensão: após descrever um Estado brasileiro irreversivelmente decadente e desacreditado, cujos governantes foram escolhidos democraticamente, querem que esse Estado e, indiretamente, essa sociedade, proponham à mulher e à família, como solução de sua incompetência, a extração e morte do filho. Essa é a leitura política dessa proposta anticidadã, antipolítica e antiética construída nesse momento de fragilidade da vida cívica nacional. Não seremos capazes de mudar o curso da história e garantir segurança às famílias e às crianças?

39. É patente que o aborto, além de não ser solução, transfere para a família responsabilidade que é do Estado. Na prática, colocar-se-ão milhares de mães, pais e famílias diante de uma questão por si só cheia de incertezas e, ainda mais, sob a pressão de uma decisão. Interromper uma gestação sem critérios ou na precariedade desses revela um desrespeito à vida que nenhum princípio jurídico ou científico poderia apoiar. Qual o impacto dessa situação, nas várias esferas, mas principalmente no plano do sofrimento humano e na vida das famílias? Aqui caberia o intercurso de uma gama de especialidades para entender o significado que essas medidas poderão trazer, projetadas em décadas.

40. A defesa do aborto e de medidas antinatalistas contida entre as pretensões deduzidas na ação carece de fundamentos, além de ser desumana, antiética e anticonstitucional em sua essência. Uma maior responsabilização do Estado brasileiro, incluindo todos os entes e Poderes, e a mobilização mais contundente e substancial da sociedade são necessárias, e nada deveria arrefecer esta percepção sobre a necessidade de uma nova condição social econômica e política para garantir a saúde de todos. O que não se pode é reduzir todos a meros expectadores de uma fatalidade.

Tutela jurídica do nascituro no direito brasileiro

41. O nascituro goza, em nosso meio, de amplíssima tutela jurídica, espriada por diversos âmbitos do ordenamento, vertendo com clareza e abundância desde a Carta Magna. É bastante lembrar que, desde a Constituição, todos temos direito à vida (art. 5º, *caput*), e existência de vida é suposto lógico, por evidente, à materialização de qualquer outro direito subjetivo fundamental, constitucional ou legal em favor de qualquer pessoa natural.

42. No mesmo diapasão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), acolhida em nosso meio com caráter supralegal prescreve que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (art. 4º, 1).

43. Na lei ordinária, lembremos que o nascituro tem seus direitos assegurados desde a concepção (Código Civil, art. 2º), pode ser beneficiado com doação (CC, art. 542), é legitimado a receber por herança (CC, art. 1.798), faz jus a reparação por danos morais (p. ex. STJ, REsps ns. 399.028 e 931.556) e até mesmo a alimentos (Lei n. 11.804/2008, que trata dos alimentos gravídicos).

44. É despiciendo problematizar as diferentes inclinações teóricas alusivas ao surgimento da personalidade jurídica para se concluir, estreme de dúvida, que nosso direito, desde a Constituição, tutela o nascituro, decerto em primeiro lugar a sua integridade física e vida enquanto tal, seja vida humana como potência seja desde já como ato.

45. E isso não se dá ao acaso, mas materializa deliberação jurídica de nossa sociedade fulcrada em sólidas bases morais, que deitam raízes robustas e vetustas na formação cultural brasileira, de desenganada tradição humanista e cristã. Trata-se, ademais, de solução que ecoa com perfeição a opinião da ampla maioria de nossa população, que repudia o aborto mesmo em casos de comprovação de microcefalia fetal, conforme aponta recente pesquisa sobre o aspecto²⁶.

46. Sem surpresa, essas inclinações sociais, morais e jurídicas reverberam no âmbito penal. É proibido o aborto entre nós. A lei penal também protege o nascituro e, de fato, para efeitos penais ele é considerado pessoa. Há, porém, casos em que é excluída a antijuridicidade do aborto.

47. Eis os dispositivos pertinentes do Código Penal, que estão presentes no Capítulo I, Título I, da Parte Especial, que trata dos Crimes Contra a Vida:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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

²⁶ Eis como sintetizadas as principais constatações de levantamento do Datafolha realizado em fevereiro de 2016: “A maioria da população brasileira considera que as mulheres infectadas pelo vírus da zika não deveriam ter direito de abortar – mesmo que houvesse a confirmação de microcefalia no bebê. Segundo pesquisa Datafolha, 58% avaliam que as grávidas que tiveram zika não podem ter a opção de interromper a gravidez, contra 32% que defendem esse direito – e 10% que não opinam. A rejeição majoritária à possibilidade de aborto legal ocorre inclusive nos casos em que a microcefalia já foi comprovada durante a gestação. Nesse cenário, 51% se posicionam contrários ao direito de interromper a gravidez, contra 39% que são a favor. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1744476-maioria-dos-brasileiros-desaprova-aborto-mesmo-com-microcefalia.shtml>. Acesso em: 16 out. 2016).

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

48. Temos, conforme se observa, duas hipóteses em que a interrupção da gravidez é juridicamente admitida, ao menos do ponto de vista penal. Tecnicamente, são causas de exclusão de antijuridicidade. Além desses casos, força do julgamento na ADPF n. 54, considera-se que não há aborto, da ótica penal, quando o feto é anencéfalo (já que não há vida no sentido jurídico, o fato é atípico).

49. Nesta altura, convém chamar a atenção para o fato de que essas hipóteses de aborto lícito são expressas, taxativas e típicas. Não existe um princípio ou norma geral a autorizar, sem maiores parâmetros, a autorização da gravidez. O aborto só tem a ilicitude excluída diante de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental) ou de situação de perigo à vida da gestante (aborto terapêutico, um específico estado de necessidade).

50. Aspectos aqui gizados serão retomados adiante para o fim de se demonstrar, entre outros pontos, a franca incompatibilidade entre o caráter aberto da autorização para o aborto vindicada na ação e o modo como a questão é hoje regulada entre nós.

Inconstitucionalidade e ilegalidade da pretensão

Os nascituros, sim, existem

51. Incontornavelmente, a controvérsia, desde uma perspectiva constitucional, há que ser enquadrada como uma colisão de direitos fundamentais de cariz principiológico. Não há regra na Constituição que resolva, ou determine a solução, do conflito valorativo e normativo pressuposto no embate.

52. Como preceitos fundamentais violados no que se refere ao aspecto em maneiio, na defesa de sua tese, a Requerente arrola na inicial da ação objetiva a “dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da liberdade (autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva) e da proteção às integridades física e psicológica (art. 5º, *caput*, CF), da saúde e dos direitos reprodutivos da mulher (art. 6º e 226, §7º, CF)”. Não se explica como, exatamente, tais preceitos estariam sendo violados, tampouco a sua específica carga normativa a afiançar a pretensão vindicada.

53. De toda a sorte, em defesa do nascituro também se pode identificar uma plêiade de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal. Uma relação exaustiva haveria de mencionar, quando menos, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), o direito à integridade física e psicológica e à saúde (art. 6º, *caput*, p. ex.).

54. Todos esses direitos, e vários outros, ademais, devem ser tutelados com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado (art. 227). Decerto que essa prioridade tutelar absoluta, expressamente deferida às crianças, deve ser estendida aos nascituros, crianças em potência.

Solução inevitável: prevalência do direito a viver

55. Temos diante de nós, sem sombra de dúvida, uma colisão de direitos fundamentais. Para abordar conflitos normativos quejandos, a moderna hermenêutica constitucional, com contributos como os de Ronald Dworkin e Robert Alexy, concebe instrumentos analíticos sofisticados de exame e deslinde, estruturados para o fim de se identificar os direitos proeminentes e, na medida do possível, preservar o núcleo mínimo de todas as prerrogativas em embate.

56. Na hipótese vertente, porém, há certa facilidade em se identificar qual direito deve preponderar. É que para atender os direitos e cogitados direitos da grávida, autorizando o aborto, tem que se eliminar por completo a posição jurídica do nascituro, a começar por sua vida, pressuposto material de todos os outros direitos que lhe são assegurados. A morte do nascituro e o aniquilamento total de seus direitos é o preço dos direitos da grávida. É caro demais.

6.3.7 Na verdade, mais uma hipótese de aborto legal

57. Efetivamente, o que se pede na ADPF, ainda que por meios e linguajar obtuso, é a positivação de uma nova hipótese de exceção à regra penal proibitiva do aborto e tutelar do nascituro. Isso é mais do que evidente. Quer-se que o STF faça as vezes do Congresso Nacional, enveredando-se, na maior sofreguidão além disso, a como que a editar ato normativo para incluir mais uma exceção no rol do art. 128 do Código Penal.

58. Entre as circunstâncias repassadas na inicial como fundamentos à pretensão abortista defende-se a dignidade da mulher e a sua liberdade de escolha.

59. Essas razões lembram as modalidades de interrupção da gravidez, proibidas entre nós, que são conhecidas em doutrina como aborto econômico (para famílias pobres, com muitos filhos) e aborto eugênico (de fetos com doenças e defeitos). Não há autorização legal para tais espécies de aborto. E não há dúvida sobre a constitucionalidade da legislação posta. Nem haveria dúvida, de resto, sobre a franca inconstitucionalidade de lei que viesse a prever semelhante autorização.

Separação de poderes e autocontenção judicial

60. A cizânia em testilha, de profundo significado jurídico, moral, religioso e social, é uma das que devem ser processadas pelo Poder Legislativo, âmbito institucional adequado por excelência para o exercício da democracia e da cidadania e para a tomada das decisões éticas estruturantes de nossa sociedade. Em caso de conflito de direitos fundamentais, deve-se prestar muito especial deferência à solução decorrente da ponderação feita pelo Legislativo e emoldurada no direito positivo infraconstitucional.

61. No ponto em análise, temos uma resposta legislativa bem definida, cristalizada no Código Penal, que está sempre aberto, aliás, a mudanças por meio do processo legislativo aplicável. Elas não chegam, porém, porque a lei posta está em perfeita sintonia com o que pensa a ampla maioria da população brasileira, respeitosa da vida antes de tudo.

62. Certamente, essa Corte haverá de ligar a devida importância a semelhantes fatores, que se conectam ao princípio da separação dos poderes, pilar estruturante do Estado moderno. Conquanto mitigado em relação ao perfil que detinha nas suas origens em Locke e Montesquieu, esse princípio deve servir ao menos para prevenir que o Judiciário se achesse para superar as decisões do Legislativo em questões de elevada carga ética e que evidentemente envolvem conflitos de direitos fundamentais. Um pouco de autocontenção judicial é de se esperar e exigir, já que ninguém anseia por um governo judiciário nem por um feito de reis-filósofos.

Abrangência mediata do pedido

63. Se credenciado o aborto em tela estaria autorizada a pena de morte no Brasil vedada pela própria constituição.,

Descabimento de medida liminar

64. A Requerente ambiciona a concessão de liminar também no que se refere ao pedido de autorização de aborto (Lei n. 9.882/1999, art. 5º). Essa pretensão de tutela provisória, na espécie, é de todo inviável, não pode ser acolhida. Não há *fumus boni iuris*, tampouco *periculum in mora*. Há, além do mais, *periculum in mora* inverso.

65. Por tudo que se vem de examinar, constata-se com rara segurança que inexistente *fumus boni iuris*. Aliás, o que existe são sinais sobejantes de que não há direito nenhum. Tampouco se vislumbra *periculum in mora* no que respeita ao específico ponto sob consideração, não constituem novidades fáticas, Mais relevante de tudo é perceber que há evidente *periculum in mora* inverso: os fetos porventura abortados sob o pálio de decisão liminar não poderão ser trazidos de volta à vida posteriormente. Como consabido, não cabe tutela da urgência quando há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC, art. 300, § 3º). No caso, não há mero perigo, mas certeza de irreversibilidade. Não cabe liminar.

Conclusão

66. *Ex positis*, requer:

67. **i)** seja deferida a sua admissão na ADPF n. 442, na qualidade de *amicus curiae*, pela relevância da matéria e pela representatividade que esta instituição possui;

68. **ii)** seja dada oportunidade de manifestação oral por ocasião do julgamento da ação.

69. Ademais, sugere a esta Corte que:

70. **i)** não conceda a medida liminar referente à liberação do aborto, por não se encontrarem satisfeitos os requisitos da plausibilidade do direito e do perigo da demora, havendo, ademais, manifesto *periculum in mora* inverso;

71. **ii)** que realize audiência pública específica sobre o aspecto aqui enfocado, para a melhor compreensão dos fatos (Lei n. 9.868/1999, art. 9ª, § 1º, e Lei n. 9.882/1999, art. 6º, § 1º).

Brasília, 29 de junho de 2017.

José Miranda de Siqueira
Presidente da ADIRA
Advogado OAB DF 10.332