

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOUTORA ROSA WEBER, RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 442

Audiência Pública

Aspectos interpretativos dos artigos 124 e 126 do Código Penal

A **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – ADFAS**, com sede em São Paulo/SP, Rua Maria Figueiredo, 595 - 5º andar – cep 04002-003, inscrita no CNPJ sob o nº 20.176.976/0001-27, por sua Presidente, **Regina Beatriz Tavares da Silva**, brasileira, divorciada, advogada e professora, inscrita na OAB/SP sob o nº 60.415, portadora da cédula de identidade RG nº 7.845.881-X-SSP/SP, inscrita no CPF/MF sob o nº 049.741.548-85, vem, perante Vossa Excelência, nos autos da ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442, apresentar **Relatório**, tendo em vista sua participação na Audiência Pública em referência, em 03/08/2018, nos seguintes termos:

1. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA VIDA

Salientemos, logo de início, que a ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – não tem cunho religioso, de modo que esta manifestação, em forma de relatório, apegar-se exclusivamente à definição da vida humana e à sua inviolabilidade constitucional.

O arguente, Partido Socialismo e Liberdade, pretende fundamentar o alegado descumprimento de preceito fundamental em relação aos artigos 124 e 126 do Código Penal na ponderação entre o direito à vida do ser humano em gestação e outros direitos fundamentais das mulheres, o que deveria culminar na legalidade do aborto, em qualquer hipótese. O argumento não prospera.

Não há que se falar em descumprimento de preceito fundamental, pelo contrário, os dispositivos penais questionados encontram-se em perfeita concordância com as normas constitucionais.

O direito à vida é direito fundamental reconhecido no *caput* do art. 5º de nossa Lei Maior. Sua proteção vai além do Direito Penal.

Trata-se de direito fundamental e inviolável, pois a vida é fonte primária de todos os outros direitos e bens jurídicos. Se não fosse assegurada a inviolabilidade do direito à vida, de nada adiantaria a Constituição Federal assegurar outros direitos fundamentais, como liberdade, igualdade, intimidade etc.¹.

Em sendo o direito à vida base de todos os demais direitos, não se justificaria, em qualquer hipótese ou fase da gestação, sua supressão ou mitigação².

Reforçando o direito fundamental à vida, sublinha-se que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que prescreve, em seu art. 4º, inciso II:

“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.”

Lembremo-nos de que o artigo 5º da Constituição Federal recepciona garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Alertamos, desse modo, que o direito à vida, por se encontrar no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional, é um direito que não admite ponderação.

Diante de sua colisão com outros direitos fundamentais, a solução jurídica deve atentar à preservação da vida humana.

A legalização do aborto, do modo como requerida na ADPF 442, implicaria em discricionária sobreposição da liberdade ao direito à vida, na medida em que permitiria a realização de aborto a exclusivo critério da gestante. E, nesse diapasão, a proteção constitucional conferida pelo direito fundamental à vida restaria ultrajada.

¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 198.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 290.

2. PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA E VULNERABILIDADE DO EMBRIÃO/FETO

É possível encontrar em julgado anterior desta Corte Suprema a distinção entre “pessoas constitucionais” e “criaturas humanas intraútero”.

Essa distinção, *data venia*, não encontra respaldo na Constituição Federal.

Se o artigo 5º da Constituição é claro ao garantir a inviolabilidade do direito à vida SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, como justificar a diferenciação entre seres humanos nascidos e não nascidos?

Categorizar os seres humanos já é, por si só, uma afronta aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal do Brasil.

As proteções constitucionais que são dadas à pessoa devem ser as mesmas independentemente do estágio da vida em que se encontra. AFINAL, NÃO HÁ OUTRA NATUREZA ANTES DO NASCIMENTO, SOMOS TODOS SERES HUMANOS DESTE A FECUNDAÇÃO.

Com efeito, não é ponto controvertido o fato de que embrião ou feto humano é um ser vivo.

Inclusive, há vertentes de defensores do aborto (como Ronald Dworkin e Michael Tooley) que admitem que o feto não é apenas um ser vivo, mas é um ser humano vivo:

*Aborto, que significa deliberadamente matar um **embrião humano** em desenvolvimento, e eutanásia [...] ambos são escolhas pela morte.³ (grifos nossos).*

Um feto em desenvolvimento dentro de uma mãe humana é certamente um organismo pertencente à [espécie] homo sapiens. Aquilo que é incorreto é a ideia de que pertencer a uma espécie biológica em particular por si dá a um organismo o direito à vida.⁴ (grifos nossos).

A incongruência é total! Admitem que o embrião é uma espécie humana, mas apresentam circunstâncias ou tempo da gestação em que a mãe estaria autorizada a matá-lo.

³ DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**. New York: Vintage, 1994, p. 3.

⁴ PURDY, Laura; TOOLEY, Michael. Is Abortion Murder? In: PERKINS, Robert. (Org.) **Abortion: Pro and Con**. Cambridge, MA: Schenkman Publishers, 1974, pp. 139 e 140.

O ser humano existe desde a fecundação, sendo um equívoco filosófico considerar o embrião/feto como um ser humano em potencial, enquanto é, na realidade, um ser humano com potencialidades, entre as quais a potencialidade de nascer.

Ademais, ao tratar do aborto, é preciso levar em consideração a vulnerabilidade do embrião, frente à sua incapacidade de autodefesa, o que, inclusive, justifica a proteção que lhe é concedida.

Cai por terra o argumento do Arguente ao dizer que as razões jurídicas que levaram à criminalização do aborto pelo Código Penal, em 1940, não mais se sustentariam diante de preceitos fundamentais posteriores. A criminalização do aborto é ainda mais sustentável exatamente porque a Constituição Federal de 1988 protege a vida, no caput do art. 5º, entre outros direitos fundamentais.

No mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso XLI, é estabelecido que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, sendo evidentemente discriminatório o pedido realizado nesta ADPF, segundo a qual a vida somente teria valor após o nascimento. O controle de constitucionalidade somente pode resultar no indeferimento do pedido realizado nesta ADPF.

Observe-se que o Direito, em seu quadro histórico, moveu-se em gradativa conscientização da necessidade de especial proteção a ser concedida às classes minoritárias, onde estão compreendidos os fracos e vulneráveis.

O embrião/feto figura em indiscutível situação de vulnerabilidade, tendo em vista a sua incapacidade de autodefesa, e, por isso, há necessidade de especial proteção estatal.

Quem poderia defender a vida do embrião? Se não for a lei vigente e sua devida aplicação pelo Poder Judiciário, certamente esse ser vivo e humano ficará em desproteção.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO PERANTE O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Pode-se distinguir duas facetas do direito à vida quanto à sua abrangência. A primeira diz respeito ao direito de defesa da vida, em que todas as pessoas naturais e jurídicas não podem violar esse precioso bem; enquanto a segunda

corresponde ao dever de proteção à vida que se impõe ao Estado para que adote providências apropriadas para garantir sua proteção⁵.

É nesse segundo ponto que se encontra a tutela exercida pelo Direito Penal que, por definição, estabelece a aplicação de penas quando houver a violação aos direitos mais relevantes do ordenamento jurídico. A vida humana é um bem e o nascituro, pertencente à espécie humana, tem o direito à vida, merecendo ser protegido efetivamente⁶.

Os artigos 124 e 126 do Código Penal, questionados nesta ADPF, tipificam o aborto com crime. E não é por acaso que tal previsão se encontra na parte especial do Código Penal que trata dos crimes contra a pessoa.

A decisão legislativa de fazer prevalecer, como determinação legal, o direito à vida do embrião/feto por meio da criminalização do aborto frente ao direito de escolha da mulher é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Ainda que o embrião e o feto fossem considerados apenas uma mera expectativa ou esperança, porque ainda não ocorreu o nascimento, têm vida própria, que não se confunde com a da gestante. Nessa linha, “o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação”⁷ Essa perspectiva já seria suficiente para contrapor o costumeiro argumento em favor da descriminalização do aborto, no sentido de que o corpo é da mulher e esta pode fazer o que quiser com ele.

Além das disposições penais, cumpre ressaltar que outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro presam pela proteção integral da vida, como o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990) em que garante, entre os direitos fundamentais, o direito à VIDA, mediante as políticas sociais públicas que permitem o NASCIMENTO e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁵ BARBOSA, Gabriela. **A vida como direito humano**. Disponível em: <https://gabrielabarbosabs.jusbrasil.com.br/artigos/542826791/a-vida-como-direito-humano>. Acesso em 06/07/2018.

⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 128.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 Dos Crimes Contra a Pessoa**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 159.

4. O DIREITO DAS MULHERES FRENTE AO DIREITO À VIDA

Assim como não se pode desprezar a vida do nascituro, assim como sua vulnerabilidade, não se nega que os direitos da mulher, provedora de seu desenvolvimento, devem ser resguardados.

Por traz dos argumentos levantados pela Arguente, existe uma ideia de sobreposição da autonomia da vontade da mulher em relação ao direito à vida do ser humano que está gerando.

Diante disso, lembremo-nos de que os direitos das mulheres são, de fato, importantes enquanto estão em conformidade aos direitos fundamentais como um todo.

Reconhecer os direitos de outrem não é uma violação à liberdade, mas a sua garantia.

O apelo à liberdade e à autonomia encontram limites na violação aos direitos de outrem.

O aborto, além de configurar afronta à vida do nascituro, implica uma violência à mulher que aborta.

Não se pode ignorar os males e as consequências da prática abortiva nas mulheres, que têm dimensões biológicas e psicológicas irremediáveis, ainda que se trate de aborto com acompanhamento médico e psicológico.

Considere-se, ademais, que, em muitos casos, as mulheres que abortam o fazem não por deliberação própria, mas por pressões externas, como do parceiro, que não quer assumir a paternidade, ou de seus ascendentes, que não aceitam uma gravidez prematura. É preciso estar atento que, nesse momento, a mulher também pode estar vulnerável a coações e constrangimentos externos. A legalização do aborto agravaria tais circunstâncias.

Pensar nos direitos fundamentais da mulher é pensar, efetivamente, em outras soluções para esses problemas de planejamento reprodutivo que não a legalização do aborto.

A saída é priorizar políticas públicas para evitar a gravidez, com o uso de preservativos, e não incentivar políticas abortivas.

E caso ocorra a gravidez, priorizar políticas públicas de salvaguarda à gestante e ao ser humano em gestação.

Solução essa que toma maior fôlego se considerarmos que a maior causa de mortalidade materna no Brasil é a baixa qualidade de cuidados com saúde básica e pré-natal. Ao contrário do que faz entender o arguente, não é o aborto que pesa nos índices de mortalidade materna⁸.

Finalmente, não há qualquer concorrência entre a dignidade do nascituro e a dignidade da mulher. A preservação de ambos – embrião/feto e gestante – deve ser promovida pelo Estado.

5. NÃO TEMOS NATUREZA HUMANA ANTES DO 1º TRIMESTRE DE GESTAÇÃO?

Os argumentos do voto do Excelentíssimo Ministro Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306, que, de forma incidental, concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado nos 03 (três) primeiros meses de gravidez, *data venia*, não procedem.

Em certo momento argumenta-se que não há solução jurídica para a controvérsia e afirma que depende de uma “escolha religiosa ou filosófica”, de natureza individual.

Mas a opção não reside na seara religiosa, nem mesmo filosófica, tampouco de caráter individual, em nosso entender.

Efetivamente se a opção residisse nessas searas subjetivas não haveria solução.

Ocorre que a oposição à legalização do aborto não decorre de crença religiosa, mas se deve ao pressuposto de que todo ser humano, independentemente de sua condição e fase gestacional, deve ter a sua integridade protegida⁹.

A permissibilidade do aborto no primeiro trimestre esbarra na impossibilidade de distinção da natureza humana devido ao que está expresso no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

⁸ Números estatísticos a respeito do aborto apresentados pela especialista Isabela Mantovani. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=UVG6gFN3Sdc>. Acesso em 06/07/2018.

⁹ BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. **Os problemas lógicos do aborto**. São Paulo: Gazeta do Povo. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/os-problemas-logicos-do-aborto-3dtg22fg8bc8nyv677okv06t9>. Acessado em 06/07/2018.

Acrescente-se a isto a total arbitrariedade existente na ideia de que o ser humano que ainda não nasceu e conta com menos de 3 meses de gestação não deveria ser considerado como tal, legitimando-se a provocação de sua morte. Isto equivaleria a uma “autorização para matar”.

A controvérsia sobre a época em que ocorre a formação do córtex cerebral está presente nos debates da medicina e da embriologia.

A ideia de gradação da vida, que confere ordem de importância a esse bem maior nas diferentes fases gestacionais, não encontra respaldo uniforme entre os estudiosos.

Entre os primeiros cinco dias de gestação e a 7ª semana subsequente, ou seja, antes do 1º mês de gestação, se produz a expansão do ser humano.

A criação da vida é assemelhada à criação do universo, em que há uma expansão no chamado modelo *Big Bang* (característica de nosso Universo suportada por experimentos e observações cosmológicas, cálculos e medidas da astrofísica).

Quando os 23 cromossomos trazidos pelo espermatozoide do pai e os 23 cromossomos trazidos pelo óvulo da mãe se unem, toda a informação genética de um novo ser humano está ali reunida.

Se um óvulo fecundado pelo gameta masculino não tivesse, por si só, natureza humana, o embrião não poderia tornar-se uma pessoa, porque nada mais lhe é acrescentado na gestação.

Cérebro, sistema nervoso, ossos e musculatura, aparelho digestivo, pâncreas, fígado e pulmões estão em formação evolutiva durante os primeiros meses de vida.

O ser humano expande-se de uma única célula, sendo a formação de um órgão dependente da existência de outro já formado, de modo que se trata do mesmo ser desde a fecundação até o seu nascimento.

Como se pode afirmar com convicção que o ser humano somente pode ser considerado como existente a partir do primeiro trimestre de gestação? A vida existe desde a fecundação!

Mesmo que se considerasse que o córtex cerebral é a parte do ser humano que lhe confere a vida, quem poderia com certeza afirmar que antes dos 3 meses esse córtex não estaria formado? Ninguém!

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Somente o Poder Legislativo poderá alterar a legislação vigente, não cabendo ao Poder Judiciário fazê-lo. Caso o Poder Legislativo resolva fazê-lo, que seja tomada de maneira consciente a decisão e não com escusas irrealistas de que haveria vida somente quando ocorre a formação do córtex, ou de que o córtex cerebral se forma somente após o primeiro trimestre de gestação.

Sobre a igualdade de gêneros, é de evidência solar que um ser humano depende em sua formação dos dois gametas: masculino e feminino, portanto, não pode caber com exclusividade à mulher decidir sobre o futuro vivo ou morto do ser humano que está em seu ventre.

E sobre os direitos sexuais e reprodutivos, sem dúvida, os primeiros são da mulher, que é livre para exercer sua sexualidade do modo que desejar, mas os reprodutivos são das duas pessoas das quais os gametas foram necessários à fecundação.

Os direitos fundamentais referentes à reprodução em relações sexuais consentidas são dos dois envolvidos na concepção do ser humano: mulher e homem, mãe e pai.

Sobre a mulher menos favorecida ou pobre, cabe ao Estado prover os meios necessários ao planejamento familiar, o que é feito e deveria ser ainda mais divulgado. Percebe-se que a divulgação dos meios contraceptivos oferecidos à população gratuitamente é feita muito mais em períodos festivos, especialmente de carnaval, quando as relações sexuais são mantidas todo o ano e essa divulgação deveria ser constante.

E neste passo é de lembrar que a utilização de meios contraceptivos, por todos, inclusive pelos menos favorecidos, é altamente salutar, não só para que não concebam sem querer, como ainda para que não contraiam doenças sexualmente transmissíveis, como a AIDS, esta, sim, causa de mortalidade.

Aliás têm sido muito utilizados argumentos aparentemente favoráveis às mulheres, em que são tratadas em geral como pessoas mais frágeis, o que importa em discriminação. Sempre que um gênero humano for tratado com privilégios - exceto no que se refere, por exemplo, aos incapazes (menores de 18 anos e maiores deficientes mentais), aos deficientes de todo o gênero e aos idosos - estaremos diante de suposto privilégio, que, na verdade, discrimina o que é igual, tornando-o desigual e inferior.

Se existem males na nossa sociedade que precisam do necessário remédio, como a pobreza, certamente não cabe lutar contra essa “enfermidade social” por meio de uma autorização para matar.

Nestes termos, pede-se a improcedência do pedido formulado pelo arguente na presente ADPF.

São Paulo, 06 de julho de 2018.

Regina Beatriz Tavares da Silva
Presidente da ADFAS
OAB/SP 60.415