

Advogados

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

**UJUCASP -UNIÃO DOS JURISTAS CATÓLICOS DE SÃO PAULO**

**ADPF nº 442**

**Audiência Pública de 3-VIII-2018**

**MEMORIAL DO AMICUS CURIAE:**

**Excelentíssima Senhora Ministra Relatora Rosa Weber,**

A **UJUCASP**, que tem como um de seus objetivos principais a defesa da vida humana da concepção à morte, conforme estabelece o artigo 4º de seu Estatuto, apresenta, neste memorial, seus argumentos em defesa e proteção da vida, atendo-se principalmente ao que juridicamente se entende por um Estado Democrático de Direito - sem, porém, deixar de tratar o tema de forma razoável e humana, demonstrando que o acolhimento do pedido constante na ADPF significaria de fato “um aborto jurídico”.

Advogados

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

1. Em primeiro lugar chama a atenção que um partido vocacionado a discutir questões de políticas públicas entre seus iguais recorra, de forma paternalista, a uma Corte da qual depende a segurança jurídica do país, para que – fora de sua competência constitucional - “legisle positivamente”, em matéria de extrema relevância representativa. Caso a decisão fosse positiva, violaria o pluralismo político e a prerrogativa de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, nos termos do artigo primeiro de nossa Constituição, frustrando a vontade política de milhares de outros brasileiros, que não concordam com a proposta do partido em questão. Falta, portanto, real legitimação ao partido político para delegar sua responsabilidade a outro poder incompetente, sem veicular a matéria em seu âmbito próprio e de acordo com a representatividade legislativa. Como bem manifestou a Presidência da República, “a arena deliberativa competente para o processo de decisão política é o Poder Legislativo”, o espaço democrático onde se discutem as políticas públicas. Nesse sentido, a separação e independência dos Poderes, bem destacada em nossa Constituição (art. 2), é uma das características mais fortes do Estado Democrático de Direito, tal como instituído em seu Preâmbulo, e, de fato, o pressuposto a partir do qual se assegura, efetivamente, o exercício dos direitos nela elencados, devendo ser promovida, protegida e preservada. Corolário necessário é, portanto, o destaque feito pela Advocacia Geral da União, ao afirmar a impossibilidade de nosso Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo, principalmente em matéria absolutamente relevante para a vida pública.

2. O segundo ponto é a carência de objeto que se encontra no corpo e pedido da ADPF em questão, já que não se pode alegar a não recepção dos artigos

Advogados

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

124/126 do Código Penal, no ano em que celebramos 30 anos de Constituição. A orientação jurisprudencial de Nosso Tribunal Máximo acolhe a presunção de constitucionalidade dos atos normativos já consolidados no tempo. Por outro lado, foi bem lembrado pela Advocacia Geral da União que “o aborto não foi diretamente disciplinado pela Carta Magna, não sendo possível inferir do seu texto a existência de suposto direito constitucional ao aborto”. Nesse sentido, o Senado Federal destacou também que estes dispositivos não foram objeto da reforma legislativa do Código Penal, promovida pela Lei 7209/84. Ainda sob esta perspectiva, a completude sistêmica de nosso ordenamento jurídico com relação ao direito à vida é consistente: o artigo 5º da Constituição não estabelece condições à sua inviolabilidade; o Código Penal simplesmente despenaliza o aborto em duas situações, sem descriminalizá-lo; o Código Civil protege o nascituro ainda que a personalidade civil e seu registro só possa efetuar-se pós nascimento, como é óbvio, e o Pacto de São José da Costa Rica do qual somos signatários reconhece o Direito à vida desde a concepção. Alterar a coerência jurídica do sistema inovando, não cabe ao Poder Judiciário. Pelo contrário, cabe-lhe proteger o princípio constitucional de independência e garantir a verdadeira harmonia entre os Poderes. Conclui-se, portanto, que a ação não tem fundamento sólido, já que não ocorre qualquer descumprimento de preceito fundamental. E, ainda que através de uma interpretação pragmática da Constituição, se tivesse que contornar conceitos, uma hermenêutica correta, englobando sentido literal, propósito da lei, sistema, valores e história, eliminaria qualquer possibilidade de êxito da ação, a não ser que a vontade de nossa Corte fosse mais política do que jurídica, o que realmente não ocorre.

Vale ainda evocar que, no Direito Internacional, tomado em sua

Advogados

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

globalidade, prevalece o direito à vida do feto sobre o direito da escolha da mulher, apesar da tergiversação de estatísticas nesse âmbito. É também este o marco normativo internacional acolhido em nosso País.

3. Um terceiro ponto refere-se ao que se denomina de ficção jurídica. No caso, nem a própria ciência é unânime - embora majoritariamente pendente no sentido da concepção - em afirmar quando se dá o início da vida, ainda que, filosoficamente, não haja dúvida de que o ser se dá *in continuum*, não se podendo atribuir-lhe outra natureza que não a de um ser humano em fase de crescimento, onde cada célula guarda já toda potencialidade e características genéticas próprias. Nesse sentido, é realmente uma “esquizofrenia filosófica” afirmar - como o fizeram alguns deputados argentinos, no *Clarín* de 14/06/18, para apoiarem a descriminalização do aborto: “ Não temos dúvidas de que um embrião constitui um ser vivo, mas isso não implica que seja um ser humano e se bem que em sua etapa inicial tem vida, esta dista muito de ser pessoa humana”. Paradoxalmente, não questionamos se um elefante já é animal no ventre da mãe, por exemplo, e os ativistas dos direitos dos animais dão a vida para defendê-los, denunciando os abusos, como ocorreu recentemente com o caso dos embriões de pintinhos destruídos. O Direito deve também respeitar o real: “*the way things are*”. Em sua obra “*Legal Fictions*” o catedrático de Teoria do Direito da *Harvard Law School*, Lon Fuller, 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): E se pergunta “Como o Direito chega ao certo através do possível”?

---

1 FULLER, Lon. *Anatomy of the Law*. Westport: Greenwood, 1987, p. 52.

Advogados

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

Seguindo o raciocínio, não caberia uma ficção legal determinando-se juridicamente e de forma arbitrária, que a vida começa, por exemplo, aos três meses da gravidez, principalmente em se tratando de um direito fundamental, o que efetivamente minaria os alicerces de todo o sistema. Pertencer à espécie humana sem ser reconhecido como humano é colocar um limite à dignidade humana. Por outro lado, se a vida - primeiro direito e não sujeito à debate -, deixa de ser um direito absoluto, todos os demais se relativizam abrindo a caixa de Pandora para qualquer arbitrariedade.

4. Quanto ao mérito, escolhe-se apenas um ponto, a título exemplificativo, entre tantos que realmente não veiculam o real propósito da Constituição, além de denotarem falta de razoabilidade na interpretação, já que, em primeiro lugar, deveriam servir de proteção ao frágil nascituro, tais como a proibição de tortura e tratamento degradante, sendo hoje prática corrente a anestesia no feto para que não sofra ao morrer.

Ressaltamos, porém, somente, o que se entende por planejamento familiar e a tentativa de que faça parte dele a possibilidade de eliminar a gravidez não desejada. Planejar vem antes, não depois, não sendo lícito incluir uma possibilidade assassina como parte do plano, invocando direito reprodutivo. A responsabilidade nos leva a arcar com as consequências dos atos: responder - ser res sponsus - o que é condição do exercício de nossa liberdade, que, por sua vez, não é oferecida ao feto, um ser dependente da mãe, mas não parte dela, como se fora um dente. De fato, é de se indagar: será que alguém responderia “sim” à pergunta “tu gostarias de ter sido abortado”? Além do mais, a proteção à

Advogados

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

maternidade invocada deveria supor a proteção à relação cujo polo oposto é a filiação, e não, a interrupção desta. Ainda sobre o conceito de liberdade, tão mal contextualizado, cabe fazer um parênteses: recorrendo à filosofia, cuja reflexão sobre a riqueza do termo nos conduz também a uma diferente conclusão, é impossível ao ser humano uma liberdade absoluta. Esta deve ser tomada em seu sentido relacional, não como isolamento, mas como capacidade de estabelecer relações. Participando de um evento promovido na Universidade de Notre Dame denominado “*For freedom set free*” (Para libertar a liberdade), os filósofos e juristas reunidos concluíram que, de certa forma, “a nossa verdadeira prisão está dentro de nós mesmos, limitando nossa percepção do real” e que, de fato, necessitamos resgatar o mais profundo sentido sintático, semântico e pragmático da liberdade constitutiva do ser humano, que não é mero atuar impulsivo e inconsequente, mas depende de um esforço com relação à própria conduta para conquistar efetivamente a própria autonomia. **Nesse sentido, a opção de rejeitar a vida - como outros atos que não condizem com a excelência a que tende a natureza humana, tais como escravizar sua potencialidade através da droga e assim, a partir de sua liberdade, torna-lo um escravo do tráfico - como bem acentuado na *Ética à Nicômaco* de Aristóteles e de certa forma destacada por Hannah Arendt ao tratar da *Condição Humana* -, seria condenar de uma vez a mãe a viver enclausurada na triste memória do filho que “livremente” exterminou.**

5. Se, porém, ainda, desejássemos partir de um realismo sociológico pragmático como base da decisão, buscando soluções através do Direito - embora este não seja exatamente o caminho -, estas deveriam ser, pelo

Advogados

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

menos, positivas. Não legalizamos a corrupção no Brasil por ela ter se estendido. Muito pelo contrário. Não é também porque nosso sistema carcerário é lamentável que vamos legalizar outro crime. Ou porque há abusos sexuais que vamos eliminar o efeito, proliferando a causa. Ou por que mulheres indígenas são abusadas, pleiteamos uma demagógica igualdade. Também não recorremos ao aborto porque, como estampava há poucos dias uma revista brasileira -, as famílias hoje são um inferno. A extensa argumentação para o direito ao aborto oferece um frágil nexo causal. Como solução positiva, a recente decisão de nossa Suprema Corte, permitindo que as mulheres grávidas possam permanecer em prisão domiciliar, serve como parâmetro, dentro do âmbito que lhe cabe, respeitando o Direito e encontrando um caminho realmente humano. As políticas de adoção, que evitam o comércio de crianças, poderiam também ser um caminho. O que certamente atenta contra o Estado Democrático de Direito, - como bem lembrou a decisão da Primeira Turma, em 2011, seria permitir ao órgão julgador descriminalizar conduta tipificada formal e materialmente pela legislação penal, ao rejeitar a referência a princípios da fragmentariedade e adequação social, com relação ao art. 229 do Código Penal, reafirmando caber somente ao legislador o papel de revogar ou modificar a lei penal em vigor. (Informativo 615)

Por fim, os estudos antropológicos atestam os efeitos empíricos inevitáveis do aborto nas mulheres e a necessária proliferação de relações abusivas que sua legalização gerou em outros países, onerando ainda mais a mulher que se submete ao aborto e suas consequências, já que há também manipulação de dados e falta de informação nesse sentido. Como sabemos, hoje, em vários países, é

Advogados

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

**proibido que as pessoas assistam ao filme sobre a decisão que irão tomar com relação à prática abortiva.** É, ainda, de se lembrar que a dignidade da pessoa humana é o epicentro axiológico da Constituição e a unidade à qual se destinam todos os direitos nela contidos, encerrando, portanto, um valor atemporal e incondicional a ser aplicado tanto à mulher, que deve ser respeitada como ser humano, quanto ao filho que abriga em seu ventre, com o qual mantém já uma relação humana.

6. Se ousarmos refletir com mais profundidade sobre a questão, sem interesses utilitários ou justificativa de conduta (i)moral, reconhecendo de fato o que subjaz atrás do pedido de legalização da prática abortiva, talvez pudéssemos enxergar sua maldade infra-humana, ou melhor, anti-humana. Basta lembrar uma cena do filme “Doze anos de escravidão”, em que um escravo semi-enforcado em uma árvore, luta para sobreviver. Ao lado, crianças brincam. Provavelmente não permitiriam que isto acontecesse a um animal. Podemos aplicar a analogia ao aborto. A insensibilidade social cultivada pode levar-nos paradoxalmente a prezar mais a vida animal do que os a dos filhos que geramos. De fato, interesses econômicos - incluindo a indústria do sexo - podem realmente ser camuflados de pseudo-preocupação pela mulher, paradoxalmente onerando-a ainda mais, quando a empreitada seria no sentido de buscar soluções para a profunda crise de amor da qual padece a sociedade.

Como comentava o citado Professor de Harvard, o Direito está para fortalecer as relações sociais e sua forma nos libera, oferecendo a segurança jurídica e a pauta sobre a qual os cidadãos podem promover saudáveis decisões



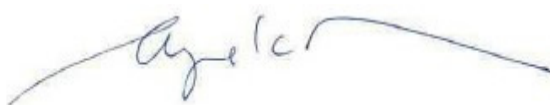
**Advogados**

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

para o desenvolvimento social equilibrado. Em última análise, se o pedido proposto fosse acatado, a partir do desrespeito da forma do Direito, não só negaria aos brasileiros o seu primeiro direito, mas fragilizaria, em grande extensão, as importantes e decisivas relações que o ser humano, como tal, pode realizar através do sexo, bem como através da paternidade e da maternidade, todas fundamentais para a harmonia em sociedade.

Com confiança na orientação emanada pela jurisprudência dessa Colenda Corte em decidir de forma a prestigiar a verdadeira prática democrática, dando exemplo ao continente e ao mundo dos sólidos valores em que se fundamenta o Estado Democrático de Direito, espera pela aplicação da mais lúdima **JUSTIÇA!**

São Paulo, 05 de julho de 2018.



**Angela Vidal Gandra da Silva Martins  
OAB/SP 161.375**