

AMPLIANDO A OFERTA DOS SERVIÇOS DE ABORTO

OBJETIVOS E MÉTODOS

AMPLIANDO A OFERTA DOS SERVIÇOS DE ABORTO

OBJETIVOS E MÉTODOS

Embora as Normas Técnicas do Ministério da Saúde estabeleçam que, nos casos de gravidez decorrente de estupro, o aborto somente deva ser realizado até a vigésima semana, tem sido divulgado nestes anos pós-pandemia que tais normas devem ser interpretadas de acordo com as leis e que, neste sentido, como o Código Penal não estabelece limites máximos de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação, o aborto poderia ser praticado em qualquer idade gestacional, mesmo quando o nascituro já seja viável.

O Código Penal estabelece no seu artigo 128 que *"não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante"*. Não é difícil perceber que, quando o Código Penal foi promulgado, se o legislador não colocou limites gestacionais ao aborto, não foi porque teria querido estender a prática até o nono mês da gestação.

Basta recorrer às circunstâncias históricas da época.

O Código data de 1940. Até o final do século XIX, a mortalidade materna das gestantes submetidas a uma intervenção cesariana era de 50%. Metade das mulheres que passavam por uma cesárea morreriam. Na primeira metade do século XX, quando realizada por equipes especializadas, a mortalidade de uma cesárea variava entre 10 e 20%, em todo o mundo civilizado. De cada cinco mulheres submetidas a uma cesárea, uma poderia enfrentar a morte. Por este mesmo motivo somente em casos extremos recorria-se a um parto cesáreo [1]. A segurança do parto

cesáreo tornou-se uma realidade somente após o surgimento dos primeiros antibióticos, com a descoberta da penicilina. Embora a penicilina tivesse sido descoberta em 1928, somente se tornou disponível mundialmente durante a Segunda Guerra Mundial. Nestas condições, em 1940, quando foi promulgado o Código Penal, um aborto de último trimestre era uma realidade impensável e, se fosse possível, ninguém o chamaria de aborto, mas de homicídio ou infanticídio.

Soma-se a estas considerações que, no Código Penal de 1940 o crime do aborto está incluído no Título I, **"Dos Crimes Contra a Pessoa"** e, dentro dele, no Capítulo I, **"Dos Crimes contra a Vida"**. Ora, o Código pune o aborto até mesmo quando é praticado com o consentimento da própria gestante e, neste caso, não haveria sentido em se falar de delito contra a vida da gestante. É evidente, portanto, que a vida contra a qual o Código afirma que é cometido o crime de aborto é a vida do nascituro, e não a da gestante. Daí pode-se concluir que, se o aborto também está incluído debaixo do título **"Dos Crimes contra a Pessoa"**, o legislador de 1940 entendeu que o nascituro era uma pessoa, no sentido jurídico do termo. Só por este motivo já não seria possível entender o artigo 128 como atribuindo à gestante um direito ao aborto em caso de estupro. Somente poderia ser uma excludente de punibilidade, o mesmo que o Código Penal faz ao declarar, em seu artigo 121 §5º:

"Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária."

Não há, no artigo 121, que trata do homicídio, que se falar de um suposto direito ao homicídio culposo pelo fato do juiz poder deixar de aplicar a pena. Trata-se, novamente, apenas de uma excludente de punibilidade.

Pode-se compreender a correção desta interpretação notando como, apesar do Código Penal datar de 1940, não existiram, até 1989, hospitais que oferecessem serviços de abortos em casos de estupro, assim como não houve, na doutrina jurídica, durante todo este tempo, uma única referência a uma suposta omissão da autoridade em fornecer este tipo de serviço, o que seria inimaginável se realmente o aborto em caso de estupro tivesse sido um direito e não uma excludente de punibilidade. Se o nascituro é uma pessoa, como foi reconhecido pelo legislador, jamais o legislador admitiria que houvesse um direito de matar uma pessoa inocente para resolver um problema de segunda pessoa, por mais grave que fosse, causado por uma terceira pessoa. De fato, os serviços de aborto em casos de estupro foram iniciados no Brasil, em 1989, não pela iniciativa de juristas interessados em corrigir uma lacuna já apontada e discutida pela doutrina, mas por iniciativa da militância a favor do aborto, que usou a ideia de que o aborto nestes casos seria um direito e que a autoridade pública havia se omitido, durante cinquenta anos, no oferecimento do serviço correspondente.

De fato, como afirma o Dr. Osmar Colás,

"Tudo começou por iniciativa do Movimento de Mulheres e outros grupos feministas, liderados por uma médica, a Dra. Maria José Araújo, que coordenava a Secretaria Especial da Mulher, órgão subordinado à Secretaria Municipal da Saúde do Município de São Paulo. Conseguiu-se sensibilizar a prefeita do município, na época a Sra. Luiza Erundina, que em junho de 1989 emitiu a portaria que determinava a obrigatoriedade da realização da interrupção da gestação nos casos previstos em lei pelos hospitais públicos do município de São Paulo.

Em São Paulo, apesar da portaria determinando esse tipo de assistência, houve muitas peregrinações, por

parte das organizações feministas e da própria Secretaria Municipal de Saúde, para definir um hospital para esse atendimento. A pessoa-chave para esse processo foi a Sra. Irotilde Gonçalves Pereira, assistente social do Hospital Jabaquara e vinculada ao movimento de mulheres, a qual, com um trabalho muito bem elaborado, sensibilizou o chefe do setor de Ginecologia e Obstetrícia, Dr. Jorge Andalaft Neto.

Assim, no dia 8 de março de 1989, foi criado o “Programa de Aborto Legal por Estupro” do Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya, coordenado pelo chefe da clínica tocoginecológica, Dr. Jorge Andalaft Neto.” [2]

Para este primeiro serviço, o programa criado pelo Dr. Jorge Andalaft adotou como protocolo que o aborto seria oferecido a mulheres grávidas até o terceiro mês de gestação, e que apresentassem boletim de ocorrência e laudo do Instituto Médico Legal, comprovando a ocorrência do estupro. O protocolo foi publicado e passou a ser adotado nos hospitais que foram sendo abertos para oferecer o serviço à população. Dez anos mais tarde, em 1998, já havia 18 hospitais no Brasil que ofereciam a possibilidade de abortar em caso de estupro, seguindo o protocolo inaugurado pelo Dr. Jorge Andalaft.

No final de setembro de 1998 os principais jornais do Brasil noticiaram o caso de uma menina de 10 anos de idade, vítima de estupro, grávida de quatro meses e meio, na cidade de Israelândia, no interior de Goiás. Suas iniciais foram veiculadas pela imprensa apenas como CBS, mas todos os demais detalhes dos acontecimentos foram descritos e amplamente divulgados. Os pais de CBS recorreram a diversos hospitais de vários estados que ofereciam serviços de aborto em casos de estupro, mas todos se recusaram a realizar o procedimento, alegando não apenas o protocolo, mas principalmente o risco de um aborto de uma menor

naquela idade gestacional. O Dr. Jorge Andalaft, que não havia sido consultado, soube dos fatos pela imprensa e fez saber, também pela imprensa, que se a menina viesse para São Paulo, o Hospital do Jabaquara poderia fazer o aborto. Outra pessoa também se interessou em ajudar. Nos últimos dias de setembro, Carlos Massa, apresentador do Programa do Ratinho do SBT, acertou que pagaria a viagem e as demais despesas para trazer CBS a São Paulo. Chegando a São Paulo, antes da internação, CBS e sua família se apresentaram ao vivo no Programa do Ratinho, que atingiu picos de audiência. E, para espanto de seus colegas, no dia 4 de outubro, o Dr. Jorge Andalaft, diante de grande aparato midiático, realizou o aborto da menor de idade com 18 semanas de gestação. Os jornais noticiavam que, até aquela data, o Hospital do Jabaquara havia realizado um total de 111 abortos [3].

O fato ocorreu num momento propício. Em novembro de 1998, José Serra, Ministro da Saúde em exercício, publicava a Norma Técnica ***"Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes"*** [4], regulamentando os serviços de abortos em casos de estupro no Brasil. A norma, que tinha o Dr. Jorge Andalaft como seu principal autor, prescrevia agora que os abortos em casos de violência sexual poderiam ser realizados até a vigésima semana da gestação, mas não depois deste prazo. Além disso, dispensava-se a apresentação do laudo do Instituto Médico Legal, exigindo-se apenas o boletim de ocorrência, que não requeria apresentação de provas para ser emitido. Deste modo, a partir de novembro de 1998, todos os hospitais que ofereciam serviços de aborto em caso de violência sexual, - já não se falava mais em estupro -, realizavam o aborto até a vigésima semana de gestação, sem necessidade do laudo do Instituto Médico Legal, apenas mediante a apresentação de boletim de ocorrência.

Todos, na verdade, menos o próprio Hospital do Jabaquara.

Até o dia 4 de maio de 2004, segundo o site da Secretaria de Saúde do Município de São Paulo, o Hospital do Jabaquara exigia como documentos para a realização do aborto,

"o consentimento da mulher ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal, e cópia do Boletim de Ocorrência policial".

Mas, a partir do dia 11 de maio de 2004, o mesmo Hospital passou a exigir, para a realização do aborto, apenas

"o consentimento da mulher ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal, e RG",

e assim permaneceu durante todo o ano. O fato não foi divulgado pela imprensa. Tratava-se de uma experiência para uma nova mudança que haveria de ser realizada na Norma Técnica.

De fato, no dia 15 de dezembro de 2004, o Ministro da Saúde Humberto Costa publicou uma nova Norma Técnica, intitulada **"Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento"**, onde era declarado:

"O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesses casos e a mulher violentada sexualmente não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento" [5].

No mesmo mês, o Ministro Humberto Costa reeditou a Norma Técnica publicada em 1998 pelo então Ministro José Serra. A nova edição da norma, também denominada de **"Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes"**, embora já tivesse entrado em vigor substituindo a anterior, não foi divulgada pelo Ministério da

Saúde. Circulou apenas sigilosamente entre os hospitais que ofereciam os serviços de aborto em casos de violência, até que, finalmente, depois de seis meses, apareceu, em abril de 2005, não oficialmente e sem explicações, no site do *Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro*. Segundo a nova norma, o aborto deveria ser oferecido até à vigésima semana de gestação, mas ***já não havia obrigação de apresentação do boletim de ocorrência***. Bastaria a palavra da mulher, afirmando haver sofrido violência, para que o aborto não pudesse ser negado.

Na página 16 da nova Norma Técnica podia ler-se que

"O Boletim de Ocorrência Policial registra a violência para o conhecimento da autoridade policial, que determina a instauração do inquérito e da investigação. O laudo do IML é documento elaborado para fazer prova criminal. A exigência de apresentação destes documentos para atendimento nos serviços de saúde é incorreta e ilegal".

E, na página 42 do mesmo documento, podia-se ler também:

"O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde, afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade" [6].

Passou o tempo e, em agosto de 2020, uma menina de 10 anos foi abusada e engravidou na cidade de São Mateus, no norte do Espírito Santo. Quando a gravidez foi descoberta, já estava na 23ª semana de gestação. Os médicos do hospital local, seguindo as recomendações da norma técnica do Ministério da Saúde, devido ao estado avançado da gestação, não quiseram realizar o aborto. A menina foi, por conseguinte, levada na sexta-feira, dia 14 de agosto, para Vitória, capital do Estado, ao *Hospital Universitário*

Cassiano Antonio Moraes, onde havia um serviço especializado em abortos para vítimas de violência sexual. Mas os próprios médicos do serviço também se recusaram a realizar o aborto, devido ao estado avançado da gestação, sugerindo que a menor permanecesse hospedada no Hospital Universitário até o momento do parto.

Entretanto, durante a madrugada do sábado para domingo, no dia 16 de agosto de 2020, uma viatura da polícia estacionou junto ao hospital, obteve a alta da menina e a conduziu ao aeroporto, onde um jato particular a esperava para conduzi-la à cidade de Recife, onde foi recebida pelo serviço de abortos para casos de violência sexual do *Centro Integrado de Saúde Amauri de Medeiros* (CISAM). Segundo declarado em coletiva de imprensa, na tarde da segunda-feira, dia 17 de agosto, o acordo para a transferência da menina havia sido formalizado no sábado à noite, dia 15 de agosto, entre o Secretário da Saúde do Estado do Espírito Santo, Nésio Fernandes, e o Dr. Olímpio Barbosa de Moraes Filho, na época ex-Diretor Médico do CISAM.

Para a surpresa dos que haviam organizado a transferência, os médicos dos diversos plantões do serviço de aborto do CISAM também se recusaram a realizar o procedimento, devido ao estado avançado da gravidez. O Dr. Olímpio de Moraes, então, dirigiu-se pessoalmente ao CISAM e, tomando a si a menina para exame, aplicou uma injeção de cloreto de potássio no coração do nascituro, causando-lhe morte instantânea por assistolia. Em seguida, disse aos colegas: ***"O conceito já está morto. Não há mais o que discutir. Podem realizar o aborto"***.

Tal como ocorrido em Israelândia, em 1998, um novo precedente havia sido introduzido sob os holofotes da mídia. Um aborto de mais de 23 semanas de gestação havia sido realizado, apesar da negativa de todos os profissionais consultados, e todo o desenrolar dos acontecimentos havia sido amplamente noticiado pela internet, pela imprensa escrita e pelas redes de televisão.

Foi este precedente que fez com que, dois anos depois, um acontecimento viesse a desenrolar-se de modo atípico. Em 4 de maio de 2022, uma menina de 11 anos, grávida de mais de 22 semanas, foi encaminhada para a realização de um aborto no Hospital Universitário em Florianópolis, em Santa Catarina. A equipe do hospital, embora especializada neste tipo de procedimento, recusou-se a efetuar o aborto, alegando o estado avançado da gestação. Cinco dias depois, a menina foi ouvida pela juíza Joana Ribeiro Zimmer que, percebendo o estado avançado da gestação, perguntou à menina se aceitaria seguir com a gravidez por mais duas ou três semanas, para que o bebê tivesse mais chances de sobreviver fora do útero. A menina concordou com a proposta. Alguns dias mais tarde, após receber as conclusões de investigações policiais mostrando que o estupro poderia estar em sua residência, acobertado pela família, a magistrada determinou o encaminhamento da menina para uma casa de acolhimento.

Quase dois meses depois, no dia 20 de junho de 2022, quando a menina já estava com quase sete meses ou 29 semanas de gestação, a imprensa passou a noticiar sobre a *"desumanidade de uma juíza que havia induzido uma menina de 11 anos a desistir do aborto"*. Os áudios contendo a audiência, onde encontra-se o diálogo da magistrada, que pergunta à menina se aceitaria seguir com a gravidez, por mais duas ou três semanas, e a menina concorda com a proposta, apesar de submetidos ao segredo de justiça, foram amplamente divulgados pela imprensa.

Em entrevista ao Diário Catarinense, a magistrada se defendeu dizendo não ser contra o aborto, porém o caso que lhe havia sido apresentado não se tratava mais de um aborto, mas de um *"homicídio"*. Segundo as palavras da Magistrada,

"a palavra aborto tem um conceito, e esse conceito é de até 22 semanas. Esse conceito é o da Organização Mundial da Saúde e do Ministério da Saúde".

E ela tinha razão. A *Norma Técnica do Aborto em casos de Violência* do Ministro Humberto Costa de 2005, levemente modificada em 2012, declara o seguinte:

"Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação, e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado pelo abortamento".

Este também era o entendimento do Dr. Jorge Andalaft, o iniciador dos serviços de aborto em casos de violência no Brasil. O governo havia encaminhado, em 2005, ao Poder Legislativo, o substitutivo do PL 1135/91, que pretendia legalizar o aborto no país. O projeto declarava, nos seus primeiros artigos, pretender legalizar o aborto até as doze semanas de gestação, mas seu último artigo estabelecia ***"revogar os arts. 124, 126, 127 e 128 do Código Penal"***. Estes artigos eram, nada mais, nada menos, que todos os artigos do Código Penal que tipificam o aborto como crime, exceto o que mantinha como crime provocar o aborto sem o consentimento da gestante. Muitos opositores denunciaram publicamente a iniciativa, acusando-a de, na realidade, pretender liberar o aborto durante todos os nove meses da gestação, e não apenas nas doze primeiras semanas, como expressavam seus primeiros artigos. Foi nesta ocasião que o Dr. Jorge Andalaft compareceu várias vezes diante das câmeras de televisão para explicar que a acusação não somente era infundada, como também seria produto de ignorância, já que, após a viabilidade do conceito, não se podia mais falar de aborto, e nisto, segundo o médico, todos estavam de acordo. O próprio Andalaft não podia pensar diferente, pois ele mesmo havia sido um dos redatores da *Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento*, de 2005, onde se afirmava que

"abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação, e com produto da concepção pesando menos que 500g."

A juíza, ademais, não havia feito nada mais além do que seguir a própria Norma Técnica publicada pelo Ministro Humberto Costa, quando esta dizia:

"Não se recomenda a interrupção da gravidez após 20 semanas de idade gestacional. A mulher deve ser informada da impossibilidade de atender à solicitação e aconselhada ao acompanhamento pré-natal especializado, facilitando-se o acesso aos procedimentos de adoção, se assim o desejar."

Esta, ademais, era a prática de todos os profissionais dos serviços de aborto no Brasil, como pode ser visto pelas recusas, em 2020, dos vários serviços consultados, de realizarem o procedimento na menina de 23 semanas de gestação de São Mateus, até que o Dr. Olímpio de Moraes, por iniciativa pessoal, veio a criar um precedente midiático ao matar um nascituro por assistolia. Teria sido interessante que na controvérsia de Santa Catarina tivéssemos ouvido a opinião do Dr. Jorge Andalaft. Ele, porém, nada mais podia opinar. Já havia falecido.

Mas, na esteira do precedente criado pelo Dr. Olímpio, dois dias após a juíza haver sido denunciada pela imprensa, o Ministério Público Federal em Santa Catarina dirigiu-se ao Hospital Universitário através de uma recomendação em que exigia que o estabelecimento

"garantisse, às pacientes que procurassem o serviço de saúde, a realização de procedimentos de interrupção da gestação nas hipóteses de aborto legal, independentemente da idade gestacional e peso fetal, sendo desnecessária qualquer autorização judicial ou comunicação policial".

O documento do Ministério ainda afirmava ao Hospital que ***"a negativa de realização do aborto ou exigência de requisitos***

não previstos em lei" configurava "***hipótese de violência psicológica***" e de "***violência institucional***". O documento terminava exigindo que,

"Em razão da urgência que o caso requer, fixo prazo até amanhã, dia 23 de junho, às 12h, para que sejam remetidas a esta Procuradoria da República informações sobre o acatamento desta Recomendação" [7].

Deste modo, devido à pressão do Ministério Público, o aborto foi realizado na noite do dia 22 de junho.

A juíza atualmente está enfrentando um *Procedimento Administrativo Disciplinar* (PAD), instaurado pelo *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ) contra a mesma, após o corregedor nacional de Justiça ter afirmado que suas decisões teriam sido responsáveis por "***violência institucional***" e "***revitimizado***" a menina.

Mas a juíza já havia declarado à imprensa estar entre aqueles que eram favoráveis à prática do aborto. O que ela havia feito era exatamente o que todos os principais profissionais e promotores do aborto no Brasil, com exceção do Dr. Olímpio de Moraes, estiveram fazendo desde 1989, a mesma prática que um Ministério da Saúde favorável ao aborto havia consagrado como norma técnica, sem nunca haverem sido molestados por ninguém por este motivo.

Um ano depois, em junho de 2023, o Ministério Público de Santa Catarina publicou uma "***Cartilha de Atenção Humanizada às Meninas e Mulheres em Situação de Interrupção Legal da Gravidez em Santa Catarina***", dirigida desta vez não apenas ao Hospital Universitário, mas a todos os profissionais da saúde do Estado, onde redefinia-se o que é aborto e não se estabelecia qualquer limite de idade gestacional ou de peso do nascituro para a sua realização:

"A Interrupção Legal da Gravidez (ILG) consiste na interrupção proposital de uma gestação sem a intenção de produzir um neonato vivo, nas situações em que a legislação brasileira o permite.

De acordo com as Normas Técnicas do Ministério da Saúde, nos casos de gravidez decorrentes do estupro, a recomendação é que a interrupção aconteça entre 20-22 semanas. No entanto, importa evidenciar que as normas técnicas devem ser interpretadas à luz das leis e das evidências científicas. Sendo assim, por não haver previsão de limite no Código Penal brasileiro, também não há limite máximo de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação.

Quando há viabilidade fetal, orienta-se que seja realizado o procedimento de indução de assistolia fetal previamente à indução do parto, cabendo aos serviços organizarem-se para que este procedimento seja garantido" [8].

Os Ministérios Públicos, em todo o Brasil, provavelmente se unirão para forçar os hospitais que realizam procedimentos de aborto a seguirem estas recomendações. Qualquer gestante poderá realizar um aborto, em qualquer idade gestacional, bastando afirmar haver sido vítima de violência, sem necessidade de apresentar provas ou documentos.

Que poderia acontecer, depois disto, nesta sequência? O próximo passo já desponta no horizonte, através da ADPF 442, que tramita no Supremo Tribunal Federal, para a qual a então Ministra Relatora Rosa Weber já apresentou o seu voto, no final de 2023.

Segundo o voto da Relatora, *não há mais que se falar* em direitos fundamentais nem, portanto, *em direito à vida, antes do nascimento*, independentemente se estivermos tratando de uma

gestação que seja fruto de violência. A Constituição, neste ponto, sustenta a Ministra, é clara:

"De acordo com o artigo quinto da Constituição Federal, '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'.

[...]

*[Esta] regra constitucional [...] diz respeito à titularidade dos direitos fundamentais. De forma expressa, a regra prescreve que são assegurados direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes. Indaga-se: quem são os brasileiros referidos no texto? A Constituição define como brasileiros os nascidos no Brasil, [...] ou os que nasceram no estrangeiro de pai ou mãe brasileiros a serviço do Estado brasileiro. **Aos [já] nascidos, então, [que] é atribuída a titularidade dos direitos fundamentais.***

Esta conclusão é mais evidente quando se observa que não há referência em qualquer passagem do texto constitucional aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto. [...] Tais inferências interpretativas permitem afirmar o propósito do texto constitucional em afastar qualquer compromisso com a tese do direito à vida desde a concepção.

[...]

A norma inscrita no artigo 5º, caput, não prescreve o feto como [...] sujeito titular de direitos fundamentais.

[...]

Da análise da questão da interrupção voluntária da gravidez, a premissa de uma contraposição entre os direitos fundamentais do feto e da mulher gestante [...] é equivocada e coloca a discussão do problema como insolúvel. [...] Não há que se falar em direito fundamental à vida do embrião ou do feto" [9].

Segundo Rosa Weber, portanto, a ausência de um limite máximo de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação não se daria apenas em casos de violência sexual e porque o artigo 128 do Código Penal não estabelece qualquer previsão de limite, mas porque a Constituição brasileira **não reconhece nenhum direito fundamental à vida senão após o nascimento**, não importando se a gestação tenha sido, ou não, produto de violência.

Esta argumentação não é originária da Ministra. Iniciou-se em 1973, com a decisão *Roe x Wade*, revogada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2022, onde foi utilizada pela primeira vez, e tem sido repetidamente usada pelos promotores do aborto nos vários países onde as constituições têm algum dispositivo semelhante. É uma argumentação falaciosa, mas isto parece não importar aos seus promotores. Há uma agenda a cumprir e, para os argumentos, basta uma aparência de verdade. O erro do argumento procede do pressuposto de que o direito à vida emana da Constituição e não que seja algo próprio do homem. Mas, que o direito à vida é inerente ao ser humano e não depende de reconhecimento legal, é o pressuposto do qual derivam as democracias modernas. Foi o pressuposto de todos os movimentos que extinguiram a escravatura, que perpassaram o mundo durante o século XIX. Foi também o pressuposto da **Declaração Universal de Direitos Humanos** promulgada pela ONU em 1948. A *Declaração de Direitos Humanos* foi propositalmente construída sobre os julgamentos do *Tribunal de Nuremberg*. A *Declaração* foi promulgada para que não mais surgisse outro

regime nazista que decidisse, pela lei, quem fossem os titulares dos direitos humanos, entre os quais está o direito à vida. A *Declaração* diz ainda que este é "o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", e que foi "o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem que conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade". No entanto, apesar das evidências, a argumentação exposta pressupõe, ao contrário, que os brasileiros e os residentes no Brasil somente têm direito à vida porque os constituintes, em 1988, assim o estabeleceram. E que, se assim não o tivessem feito, nem os brasileiros, nem os residentes no país, teriam direito à vida.

Trata-se de uma tese que, na verdade, é contrária à ordem constitucional vigente.

As constituições do mundo moderno derivam da primeira de todas as constituições que foi promulgada em 1787 nos Estados Unidos. Todas as demais constituições se baseiam, em última análise, nos mesmos primeiros princípios daquela. Porém a Constituição de 1787, por sua vez, baseia-se na ***Declaração de Independência dos Estados Unidos*** de 1776. É nesta declaração que encontramos os pilares da democracia e do estado de direito moderno. Diz a *Declaração*:

"Quando, no curso dos acontecimentos humanos, torna-se necessário que um povo dissolva os laços políticos que os unem a outro, o decente respeito devido às opiniões da humanidade exige que estes declarem as causas que os forçaram à separação.

Nós sustentamos que estas verdades são auto-evidentes, que todos os seres humanos são criados iguais, e que eles são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

É para assegurar estes direitos que os governos são

instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados. Quando qualquer forma de governo se torna destruidora destes fins, é direito do povo modificá-los ou aboli-los, e instituir novos governos que coloquem tais fundamentos entre seus princípios".

A *Declaração* diz que o estado de direito se estabeleceu quando se fez auto-evidente que o direito à vida e outros direitos fundamentais são inerentes aos seres humanos e não instituídos por lei ou por uma constituição. As constituições são elaboradas para proteger tais direitos, não para criá-los, nem para estabelecê-los. Sustentar o contrário seria destruir as próprias bases sobre as quais foi construída a civilização.

Tanto é assim que a Constituição brasileira reconhece como titulares de direitos fundamentais os brasileiros e os residentes em território brasileiro, mas não menciona em momento algum os turistas e os cidadãos de outros países que estejam em trânsito pelo território nacional, os quais não são nem brasileiros, nem residentes no Brasil. No entanto, não lhes negaríamos o direito à vida apenas porque a Constituição não os menciona. Tais direitos são inerentes aos seres humanos e não uma concessão da Constituição. Não precisam ser mencionados para existirem. O dever das constituições é o de protegê-los, não o de dar-lhes a existência. Existiriam ainda que as constituições não existissem.

Mas, para conceder às mulheres o direito de interromperem a gestação, independentemente da idade gestacional, e qualquer que seja o peso do nascituro, foi preciso subverter os princípios básicos do Estado de Direito, os mesmos que deram origem à Independência Americana e à democracia moderna. Deste modo, supondo que cheguemos ao término deste processo, quando as mulheres tiverem conquistado este direito, já teremos iniciado outro novo processo que irá se estender para muito além da questão do aborto.

O voto da então Relatora da ADPF 442 dá indicações claras a este respeito, embora não forneça exemplos, já que o pedido da ação era apenas a despenalização do aborto. Porém, já que os direitos fundamentais são entendidos como concedidos pelo texto constitucional e não inerentes aos seres humanos, deve-se seguir daí que eles somente existirão conforme forem descritos, ou não descritos, pela própria Constituição. Assim é que, por exemplo, embora o artigo quinto da Constituição mencione o direito à vida, em nenhum momento a Constituição determina o conteúdo do que seja este direito. Só por este motivo o direito à vida já não poderia ter um caráter absoluto, ou inalienável, como dizia a *Declaração de Independência Americana*. Pois, se um direito não é inerente ao ser humano, seu conteúdo só poderá ser entendido como as palavras da Constituição o concederem. Diz, pois, o voto da Ministra Relatora:

"[...] o argumento do caráter absoluto do direito à vida frente a outros direitos fundamentais, no sentido de que não possa ser confrontado ou ter o seu âmbito de proteção restringido, não tem estrutura institucional no constitucionalismo [...].

Primeiro, [porque] o texto constitucional não definiu o conteúdo do direito à vida prescrito no artigo 5º, tampouco identificou explicitamente qual o seu âmbito de proteção.

[...]

Segundo, [porque] [...] a estrutura lógica da norma do direito fundamental à vida, composta por propriedades indeterminadas, [...] exige atividade interpretativa posterior do seu âmbito de proteção.

[...]

Equivocado, portanto, supor a nota da superioridade intangível do direito à vida em face de outros direitos".
[10]

Mas a Relatora não diz apenas isto. Embora o direito à vida seja mencionado no artigo quinto da Constituição para definir quais são os titulares deste direito, é no artigo primeiro, e não no artigo quinto, onde se apresentam "*os fundamentos do Estado Democrático de Direito*". E ali, no artigo primeiro, entre os fundamentos do Estado de Direito, diversamente da ***Declaração de Independência***, não se menciona o direito à vida entre os fundamentos da democracia, mas "***a dignidade da pessoa humana***". Isto significaria, portanto, que segundo a nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana teria clara precedência sobre o direito à vida:

"O marco constitucional [...] do direito à vida possui, portanto, um conteúdo que tem a dignidade da pessoa humana como vetor normativo. Noutra modo de dizer, não basta ter a vida, ela tem que ser digna em suas variadas dimensões. [...] Neste cenário argumentativo, [embora] o conceito de vida deva ser entendido, no âmbito do Direito Constitucional, como direito atribuído [somente] às pessoas nascidas, [mesmo para os já nascidos], a sua proteção [não será absoluta, mas] incremental, dependendo da relação com outros direitos" [11].

A Ministra não quis dar exemplos, porque o objeto da ação era apenas a despenalização do aborto, mas já está assentando os princípios do que virá depois. O que estas palavras significam é que se o direito à vida *de uma pessoa já nascida* (saliento, ***de uma pessoa já nascida***, como faz também a Ministra, pois os nascituros, pela Constituição, não teriam direito algum à vida) colidir com o direito à dignidade de outra pessoa já nascida, a

dignidade da vida da segunda pessoa terá precedência sobre o direito à vida da primeira pessoa. Como o conceito da *dignidade da pessoa* também não é determinado pela Constituição, mas deverá ser determinado pela legislação posterior e sempre sujeito ao controle da interpretação judiciária, o direito à vida se tornará, pouco a pouco, com o desenvolvimento da legislação e da jurisprudência, "*incremental*", ou "*gradual*". Uma pessoa poderá ter mais ou menos direito à vida, dependendo da dignidade alcançada por ela e por comparação com outras que tenham maior ou menor dignidade. Deste modo, em um mundo assim juridicamente ordenado, um maior direito à vida poderá ser conquistado e ser objeto de investimento, como também poderá ser perdido imediatamente em seu todo, ou em partes e gradualmente.

Expusemos o desenvolvimento de um largo processo. Parte deste processo já se realizou e pertence ao passado, parte está sendo realizada e pertence ao presente, parte ainda diz respeito a um futuro próximo. Mas tudo se encadeia como fazendo parte de um único e mesmo processo. A realidade do passado e do presente permite conjecturar que, a não ser que compreendamos o que está acontecendo, o futuro se fará presente e, quando tal acontecer, aquele novo presente despontará já com novos horizontes que hoje ainda não vemos. Em outras palavras, o processo não se concluirá naquele futuro que terá se tornado presente.

O que, no princípio, parecia ser apenas a defesa ao direito ao aborto em determinadas circunstâncias, termina se revelando como um processo que conduz à desconstrução dos fundamentos do Estado de Direito, da liberdade e da civilização moderna.

REFERÊNCIAS

[1] Low, James: *Caesarean Section - Past and Present*, *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, Volume 31, Issue 12, 2009, Pages 1131-1136. Há uma ampla bibliografia sobre o tema.

[2] Colás OR, Rosas CF, Pereira IG: *Resgate histórico do primeiro programa público de interrupção da gestação por estupro no Brasil*. *Femina*. 2021;49(3):183-6.

[3] *Reportagem Local: "Hospital já Realizou 111 Abortos Legais", Folha da Tarde, São Paulo, 01/10/1998*

[4] *Ministério da Saúde: Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, Norma Técnica, 1ª Edição, Brasília, 1998.*

[5] *Ministério da Saúde: Norma Técnica Atenção Humanizada Ao Abortamento, Brasília, 2005.*

[6] *Ministério da Saúde: Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes, 2ª edição, Brasília, 2005*

[7] *Ministério Público Federal - Procuradoria da República - Santa Catarina, 7º Ofício Da Cidadania: Recomendação nº 19/2022–GABDCE – PR/SC – MPF. Procedimento nº 1.33.000.001253/2022-18.*

[8] *Cartilha de Atenção Humanizada às Meninas e Mulheres em Situação de Interrupção Legal da Gravidez em Santa Catarina [recurso eletrônico] / [coordenação Douglas Roberto Martins; Anna Carolina Machado do Espírito Santo ... et al.] - Florianópolis: MPSC, 2023, disponível em www.mpsc.mp.br*

[9] *STF - ADPF 442, Voto da Ministra Relatora Rosa Weber, itens 37, 48 e 51, j. 22/09/2023.*

[10] *STF - ADPF 442, Voto da Ministra Relatora Rosa Weber, item 39, j. 22/09/2023.*

[11] *STF - ADPF 442, Voto da Ministra Relatora Rosa Weber, itens 39 e 47, j. 22/09/2023.*