

ESTADO EM JUÍZO

**EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 12^A VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO.**

Processo n.º 2004.5101006161-0

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, vem, pela Procuradoria Geral do Estado, que o representa, apresentar

CONTESTAÇÃO,

aos termos da inicial, com base nas razões a seguir expandidas, requerendo, na oportunidade, sejam todas as publicações atinentes a este feito expedidas em nome do procurador que subscreve a presente.

TEMPESTIVIDADE

1. Foi juntado aos autos, em 08 de julho de 2004, uma quinta-feira, o mandado de citação ao ente público, consoante faz prova o termo de juntada de fls. _____. Aplicando-se à hipótese dos autos o disposto no artigo 241, inciso II, do CPC, combinado com o artigo 188 do mesmo diploma legal, e ainda o artigo 184, §§ 1º e 2º, do referido estatuto, tem-se que o *dies ad quem* para a apresentação da peça de bloqueio será o dia 06 de agosto vindouro.

2. Tempestiva, portanto, a presente contestação.

BREVE RESUMO DA EXORDIAL

3. Ajuizou o Ministério Público Federal ação civil pública em face da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro, aduzindo, em síntese, que, por conta de uma interpretação restritiva dada aos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, as gestantes que carregam em seus ventres fetos de bebês cuja vida extra-uterina é inviável não têm respeitado o direito fundamental de decidirem livremente sobre a manutenção ou interrupção da gravidez.

4. Aduz o órgão ministerial que na ponderação entre os interesses das gestantes de decidirem livremente sobre sua autonomia reprodutiva, de um lado, e o direito à vida garantido aos seres humanos, desde à concepção, do outro, deve prevalecer aquele, quando o feto estiver acometido de uma enfermidade ou malformação que torne sua vida extra-uterina inviável.

5. Em função de tais argumentos, pleiteia o Ministério Público Federal a obtenção de um provimento judicial que reconheça às gestantes cujos fetos

apresentem anomalias incompatíveis com a vida o direito de procederem à procedimento médico de interrupção da gravidez, independentemente de autorização judicial, caso a caso, bem como que a União Federal disponibilize, no Sistema Único de Saúde, serviço médico apto a realizar tais intervenções cirúrgicas.

6. Em que pese a grandiloquência de tais alegações, e mesmo o efeito sedutor que a teoria exposta na inicial possa surtir sobre aquele que vá com ela travar primeiro contato, o fato é que, independentemente de qualquer concepção religiosa ou ideológica, a pretensão ministerial, pensada com mais vagar e refletida com base no sistema jurídico, não merece prosperar.

7. É o que se passa a demonstrar.

EM PRELIMINARES

8. Demandas inviáveis, pelo princípio da economia processual, devem ser encerradas no nascedouro. O libelo inepto não merece outra sorte que não a de ser rejeitado de plano. É que, nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹, “quer o Código, sem sombra de dúvida, que só vá adiante o feito que prometa desfecho frutífero.”

9. Afere-se a aptidão da demanda após sumária leitura dos fatos narrados pelas partes, *ex vera sint exposita*, isto é, considerando o que foi exposto. “O magistrado”, assevera JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA², “ao apreciar a viabilidade da demanda, “considera a relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou.”

10. Se a partir dessa análise for constatado que a demanda, tal como foi proposta, é inábil para perseguir o fim por ela colimado, deve-se, então, de súbito, e preliminarmente, pôr termo à sua marcha.

11. Essa é a situação particular de caso vertente, conclusão a que se chega após perfunctória análise dos elementos que fazem parte desta causa — sobretudo a *causa petendi* e do *petitum*.

12. Ter ação significa ter direito ao provimento de mérito. Implica estarem reunidas, nela, na ação, sem a omissão de qualquer, todas as condições que

¹ - José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, 5ª série, p. 88.

² - José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, 1ª série, p. 200.

envolvem o seu manejo: quais sejam, interesse e legitimidade (além da possibilidade jurídica do pedido), *ex vi* do artigo 3º do Código de Processo Civil.

13. Não detém o Ministério Público Federal, no caso em comento, legitimidade para propor a presente ação civil pública. Com efeito, a legitimidade para a propositura de tais ações, pelo órgão ministerial, advém da especial caracterização dos direitos por ele defendidos, cabendo-lhe, como cediço, a defesa dos direitos difusos e coletivos, e em determinadas hipóteses, direitos individuais homogêneos, desde que indisponíveis (arts. 127 e 129, III, CF/88).

14. A fim de justificar sua atuação, advoga o *Parquet* a tese de que os direitos por ele defendidos teriam caráter difuso, dado que a questão trazida a juízo diria respeito não apenas às mulheres que atualmente encontram-se grávidas de fetos inviáveis, e que poderiam desejar interromper suas atuais gestações, mas também a todas as mulheres em idade fértil.

15. Ora, a própria definição legal do que sejam direitos difusos, prevista no artigo 81 da Lei n. 8.078/90, permite a compreensão de que de tais direitos não trata a presente lide.

16. Com efeito, a Lei n. 8.078/90 define os interesses difusos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

17. A transindividualidade, a que se refere a lei, importa em que o direito pertença ao grupo social, e não ao indivíduo, tanto que os titulares desses interesses, no dizer de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³, *se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, a lesão da inteira comunidade*.

18. Ora, o direito ao abortamento de fetos inviáveis é absolutamente divisível, pois que diz com a só auto-determinação de cada gestante em prosseguir ou interromper sua gestação, independentemente das demais, sendo, ademais, plenamente disponível, a sepultar não apenas a tese de que o Ministério Público, no presente feito, esteja a defender direitos difusos, mas também, individuais homogêneos.

³ - José Carlos Barbosa Moreira, A legitimação para a defesa dos direitos difusos no direito brasileiro, in *Temas de Direito Processual*, 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984.

19. Leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁴ que será indisponível o direito quando:

*“1) o titular não puder decidir, por si só, se deve, ou não, adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a que a ordem jurídica confere legitimação para fazê-lo;
2) tiver a qualificação de transindividual, porque, sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois irrelevante a vontade individual”.*

20. Percebe-se, portanto, que o direito à interrupção da gravidez, no caso de gestação de fetos inviáveis, é, não apenas divisível, como verificado anteriormente, mas também disponível, pois, acolhida a tese autoral, dele fará uso a gestante se e quando lhe aprouver.

21. Ainda nos dizeres de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵,

“Por sua característica especial é que se pode considerar, sem receio de errar, que os interesses coletivos e difusos são interesses sociais e, portanto, naturalmente indisponíveis. Sociais, porque atingem parcelas grupais da sociedade, e indisponíveis, porque são insuscetíveis de disponibilidade pelo grupo social ou por seus integrantes.

(...)

Se os interesses coletivos e difusos se qualificam como sociais e indisponíveis, o mesmo não se passa com os interesses individuais homogêneos, que não integram a categoria dos interesses transindividuais e, diversamente do que ocorre com estes, permitem a exata identificação da parcela do direito geral que pertence a cada um dos integrantes do grupo. Trata-se, por conseguinte, de interesses individuais, como está referido no conceito firmado pelo artigo 81, parág. único, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, a Constituição é claríssima ao limitar a tutela do Ministério Público aos interesses individuais indisponíveis (art. 127). Emanada daí que não está

⁴ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação Civil Pública*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 116.

⁵ Op.cit. p. 113.

dentro das atribuições da instituição a defesa de interesses individuais disponíveis, vale dizer, daqueles interesses cuja tutela cada indivíduo tem aptidão de dispensar. O mandamento constitucional, em conseqüência, veda que o Ministério Público substitua a intenção volitiva do indivíduo no que toca a direitos dos quais tenha a total disponibilidade. A razão é simples: a instituição só pode predispor-se à defesa do que é social ou do que é individual fora da disposição do titular; o que é exclusivamente do titular, e de seu único interesse, está dentro apenas da sua própria esfera de vontade, não cabendo nenhuma outra pessoa ou órgão substituí-la” – nossos destaques.

22. A alegação autoral de que a relevância social da questão posta em juízo⁶ permitiria sua defesa pelo *Parquet*, na qualidade de advogado dos interesses sociais, é uma tentativa desesperada de se justificar a atuação ministerial, pois que a sociedade sequer chegou a um consenso, manifestado por meio de seus representantes legitimamente eleitos, se deseja efetivamente que se legalize o aborto, ainda que nas hipóteses de anomalia que torne a vida extra-uterina do feto inviável.

23. De fato, que advogado é esse que defende os interesses da sociedade, quando o próprio Procurador Geral da República, em parecer manifestado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF, manifesta-se absolutamente contrário à pretensão ali veiculada, de se permitir a interpretação de que o Código Penal não penaliza o aborto de fetos anencéfalos? (cópia em anexo).

24. Salta aos olhos, portanto, que a atuação ministerial, no caso presente, não visa proteger interesses juridicamente protegidos, e sim criar normas, ainda que não escritas, para proteger os interesses daqueles que pretendem interromper a gestação de fetos inviáveis.

25. Tal pretensão, entretanto, viola o princípio democrático e a independência entre os Poderes da República (arts 1º e 2º da Constituição da República), flagrante a usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao Poder

⁶ Consoante lição de Pedro da Silva Dinamarco em seu “Ação Civil Pública”, publicado pela Editora Saraiva em 2001, *a grande repercussão do litígio na sociedade não é fator determinante da legitimidade do Ministério Público, não se constituindo aquele interesse social previsto no art. 127 da Constituição.*

Legislativo para editar leis, cabendo não ao Judiciário, instado a tanto pelo Ministério Público, e sim ao Congresso Nacional, chegar a um consenso final – por meio dos representantes do povo, e respeitadas as mais diversas correntes de opinião – quanto à questão aqui debatida.

26. Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de manifestar o entendimento, no Conflito de Atribuições n. 35-1/RJ, de que a Ação Civil Pública não se presta à criação de normas de direito material.

27. A propósito, o seguinte excerto, extraído do voto do eminente relator Ministro Sydney Sanches, no julgamento do referido Conflito de Atribuições:

“Com efeito, a Lei n. 7.347, de 24/7/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências, no art. 3º diz que poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. E no art. 11 esclarece:

‘Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.’

No art. 12 permite que o juiz expeça mandado liminar.

Não lhe confere, porém, a lei o poder de criar o direito material, dizendo qual é a atividade devida ou qual é a atividade nociva. Obviamente, há de chegar à conclusão a respeito do que é devido e do que é nocivo, em face do direito material preexistente à decisão ou julgamento.

Esse poder de criar o direito material é, em princípio, do Legislativo, segundo as competências constitucionais constitucionalmente distribuídas, cabendo, em outros casos, delegação de poderes

normativos complementares a órgãos administrativos, que os exercem como atribuições. É o que acontece com o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, no campo ora focalizado.

(...)

Nesse ponto, o nobre Magistrado não se limitou a praticar ato de seu ofício, prestando jurisdição. Ou seja, não cuidou de declarar o direito, mesmo em caráter liminar, em face de uma situação concreta entre partes determinadas e conhecidas, ou mesmo envolvidas em interesses coletivos.

Na verdade, o que fez foi, mediante provocação do Ministério Público, criar normas genéricas de conduta dos Bancos-réus perante seus clientes, quaisquer que sejam eles, a serem observadas no curso do processo, até final sentença.

Normas genéricas, que, além de não competirem ao Judiciário, no estrito exercício de sua função jurisdicional, colidem frontalmente com as já baixadas pelos órgãos administrativos competentes, no exercício do poder normativo legalmente conferido (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil).

Não se trata, pois, apenas de incorreta interpretação de lei, no exercício de estrita jurisdição. Mas de exercício indevido de poder normativo delegado a órgãos administrativos, que já o exerceram.

Enfim, no ponto em que se chocam as normas baixadas pelo MM. Juiz, a pedido do Ministério Público, e as ditadas pelo Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, há um evidente conflito – os grifos são do original.

28. De todo pertinente a remissão feita por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁷ à crítica tecida por Hely Lopes Meirelles, ao que se denominou a recente patologia das ações civis públicas, no sentido de que essa ação não é

⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, São Paulo, Editora RT, 9ª edição, p. 151.

instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados na lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Capelletti, de acordo com a qual a ação pública protege o interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito... A regulamentação da ação civil pública não é auto-alimentável. Trata-se da criação e consagração de um instrumento processual da ordem jurídica, na qual o adjetivo, por mais importante que seja, não pode prescindir do substantivo.

29. Dirá o órgão ministerial que sua pretensão não é a de criar normas para reger as hipóteses de gestações de fetos inviáveis, mas sim fazer-se uma interpretação conforme a Constituição dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, para excluir-se de sua incidência tais gestações.

30. Também por aqui a ação civil pública está fadada ao insucesso. Com efeito, às fls. 10 dos autos, assevera o autor que um de seus pleitos é o de que se reconheça judicialmente *a existência do direito fundamental das mulheres, oponível em face dos Poderes Públicos, de decidirem livremente sobre a manutenção ou não da gravidez, em casos de anomalias fetais que inviabilizem a vida após o parto.*

31. Ora, há muito se pacificou o entendimento no sentido de que a ação civil pública não é instrumento de controle de constitucionalidade, eis que, dispondo as sentenças proferidas em ações civis públicas de eficácia *erga omnes*, a apreciação da constitucionalidade de determinado ato normativo em tal sede teria o mesmo alcance de decisões proferida em controle abstrato de inconstitucionalidade.

32. Em outras palavras, estar-se-ia usurpando a competência constitucionalmente deferida ao Pretório Excelso para a apreciação *in abstracto* da constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como a legitimação conferida *numerus clausus* às pessoas enumeradas no artigo 103 da CR/88

33. Vêm bem a calhar as palavras proferidas por FRANCESCO CONTE⁸, acerca do descabimento de ações civis públicas em que se questiona a constitucionalidade de normas instituidoras de imposições tributárias, e que se encaixam com perfeição à hipótese em exame:

“Mas não é só. O desiderato almejado pelo Ministério Público e/ou associações – de declaração de

⁸ “Notas sobre o Descabimento da Ação Civil Pública em Matéria Tributária”, in RDDT, 30/36.

inconstitucionalidade em sede tributária – desbordaria, também, do espectro da ação civil pública, que não pode substituir a ação direta de inconstitucionalidade e/ou a de representação de inconstitucionalidade que ostentam foro próprio e exclusivo e têm legitimados ativos específicos.

Deveras, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e o pedido de medida cautelar é privativa do E. Supremo Tribunal Federal (art. 102, “a” e “p”), sendo certo que os respectivos legitimados ativos estão exaustivamente elencados no art. 103, ambos da Constituição da República.”

34. Na mesma linha, os seguintes arestos, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional e Processo Civil. Ação Civil Pública. Declaração de Inconstitucionalidade de Lei. Procedimentos Distintos. Impossibilidade. Precedentes desta Corte Superior.

1. Recurso Especial interposto contra v. acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento regular, em face de Ação Civil Pública, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal e vários comerciantes do Setor Comercial Local Sul (SCLS) 313, pleiteando a declaração, incidenter tantum, de inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 754/94, a qual permitiu a desafetação e alteração de designação originária de áreas públicas de uso comum do povo.

2. Nos exatos termos da Lei n. 7.347/85, a Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade.

3. A jurisprudência dessa colenda Corte de Justiça possui entendimento pacífico e uníssono no sentido de que a Ação Civil Pública não pode ser utilizada para fins de declarar, com efeito erga omnes, a

inconstitucionalidade de lei, mesmo que de forma incidental.

4. A Ação Civil Pública não pode substituir a ação direta de inconstitucionalidade. Ambas devem ser regidas pelos limites impostos pela lei, guardando-se a organização formal assegurada pelo ordenamento jurídico para o trato das questões referentes ao processo de declaração de inconstitucionalidade de lei.

5. Precedentes desta Casa Julgadora.

6. Recurso Especial não provido” (STJ, 1ª Turma, REsp n. 439.539-DF, rel. Min. José Delgado) – nossos destaques.

“Processual Civil – Ação Civil Pública – Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Distrital – Ministério Público – Ilegitimidade – Recurso Especial – Dispositivos Legais não Prequestionados – Dissídio Jurisprudencial não Demonstrado – Conhecimento Parcial – Improvimento

I – Ausente o prequestionamento dos dispositivos legais apontados com malferidos e não demonstrado do dissídio jurisprudencial analiticamente, não cabe conhecer do Recurso especial embasado em tais fundamentos.

II – O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública visando obter a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum de lei, em face dos efeitos erga omnes resultantes da respectiva decisão.

III – Recurso parcialmente conhecido, mas improvido” (STJ, 1ª Turma, REsp n. 334.687/DF, rel. Ministro Garcia Vieira, DJ 04.02.02, p. 309) – nossos destaques.

35. Infere-se, pois, que, a pretensão ministerial, do reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dos artigos do Código Penal que punem o aborto quando se estiver diante de gestações de fetos inviáveis, foi veiculada por meio do instrumento processual inadequado, o que evidencia, mais uma vez, a carência de ação por ausência de interesse de agir.

36. O interesse de agir caracteriza-se pelo binômio (i) a necessidade (ou

utilidade) concreta do exercício da jurisdição e (ii) a adequação do provimento pedido e do procedimento escolhido à situação deduzida. “É o elemento material”, pontificava LIEBMAN⁹, “do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado... é a relação de utilidade ante a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido.”

37. Ausente tal necessidade ou grassando incongruência entre o pedido formulado (mais o procedimento escolhido) e a situação fática deduzida em juízo, diz-se, neste caso, que ao autor falta-lhe interesse de agir, eis que não tenha a ação que pretende, ou que dizia ter. Carece da mesma, pois, nas palavras de ELIÉZER ROSA¹⁰, “sendo a ação, como é, um direito subjetivo processual, que nasce segundo condições concretas, o que pode acontecer é carecer o autor daquela ação pretendida, e nunca de uma ação qualquer. A carência será sempre da ação e nunca de (preposição desacompanhada do artigo) ação.”

38. Quanto ao um dos elementos do binômio derivado do interesse de agir, a saber, a adequação entre o provimento solicitado e a situação exposta em juízo, lapidares são as palavras de LIEBMAN¹¹:

“Interesse processual, ou interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa.

É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar essa resistência.

Por isso, brota diretamente do conflito de interesses surgido entre as partes, quando uma delas procura vencer a resistência encontrada, apresentando ao juiz um pedido adequado.

A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo.

⁹ - Enrico Tullio Liebman, Manual de Direito Processual Civil, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 154 e 156.

¹⁰ - Eliézer Rosa, Leituras de Processo Civil, Rio de Janeiro, Guanabara, 1970, p. 101.

¹¹ - Enrico Tullio Liebman, Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, São Paulo, José Bushatsky, 1976, pp. 125

Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo.”

— grifou-se

39. Enfim, interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.

40. Pois bem. À vista do que já se narrou até agora, e do que se depreende de todo contexto que envolve esta demanda, conclui-se pela manifesta inadequação e inutilidade da prestação jurisdicional ora invocada, eis que não se pode obter, pela via da ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma.

41. E se a via singrada não conduz ao fim alvejado, por ser inadequada, ou deficiente, é porque este, então, decerto já não será tão digno de ser perseguido, já que os fins nunca justificaram os meios.

42. De mais a mais, corre perante o Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em que se objetiva o reconhecimento do direito das mulheres grávidas de fetos anencéfalos de interromperem a gestação, o que, no que se refere a tal espécie de anomalia, torna compulsória a suspensão do feito, nos termos do disposto no artigo 265, inciso IV, alínea *a* do CPC.

43. Ainda em relação à alegação ministerial de que o que se pretende no presente feito é o reconhecimento da inconstitucionalidade de interpretações dos artigos 124 a 128 do Código Penal, em hipóteses de gestações de fetos cuja vida extra-uterina seja inviável, é importante repetir que na verdade o Ministério Público, sob o pretexto de proceder-se à interpretação conforme a Constituição, está a criar regras novas, excludentes da ilicitude, sem competência constitucional para tanto.

44. O Pretório Excelso já teve oportunidade de manifestar-se sobre a questão, como se infere de trecho do voto do Ministro Moreira Alves, no acórdão proferido na Representação 1.417, DJ de 15 de abril de 1988, *in verbis*:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como um legislador negativo... O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme a Constituição,

declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, interpretação fixada, como única possível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova” - nossos grifos.

45. No mesmo sentido, Rui Medeiros, citado pelo eminente Procurador Geral da República no parecer apresentado junto à ADPF 54 (cópia em anexo):

“Por outro lado, e agora quanto às relações entre os órgãos de fiscalização da constitucionalidade da lei em geral e o legislador, ninguém ignora que a interpretação conforme à Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador. Perante os perigos de usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo, salta à vista a importância de determinação dos limites da interpretação conforme a Constituição”.

46. E continua:

“... deve ficar claro que está vedada aos juízes a feitura de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição”.

47. Percebe-se, portanto, que mais do que faltar ao Ministério Público Federal, no caso em exame, interesse de agir, formula ele pretensão defesa pelo ordenamento jurídico, dado que o objeto de seu pleito viola flagrantemente dispositivos legais e constitucionais, como será visto mais adiante.

48. Ademais, é evidente a impossibilidade jurídica do pedido formulado em face do Estado do Rio de Janeiro. Vê-se, às fls. 40, item b.2, que a única pretensão dirigida ao Estado do Rio de Janeiro é no sentido de impedir que o mesmo, por meio de seus poderes e órgãos com atribuição para tanto, puna criminalmente as gestantes e os profissionais da área de saúde que causem o abortamento de fetos tidos por inviáveis.

49. Ora, a Constituição da República, nos artigos 102 a 126, definiu as competências que pertinem, entre outros, à Justiça Federal e, por exclusão, aquelas causas cujo processamento e julgamento competem à Justiça Estadual

50. Nas alíneas IV, V, VI, IX e X do artigo 109 da Lei Maior, são enumerados os crimes cuja apreciação compete à Justiça Federal, não estando dentre eles o crime de aborto, previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal.

51. Significa dizer que a opção do legislador constituinte foi a de legar aos Estados-membros, por meio de seus Ministérios Públicos estaduais e seus Poderes Judiciários, o julgamento dos crimes de aborto.

52. Ora, a pretensão veiculada na inicial vem confrontar exatamente tais dispositivos, em flagrante violação ao pacto federativo, eis que o que se objetiva é, por meio da presente ação civil pública, em curso perante essa Justiça Federal, que o Estado do Rio de Janeiro não mais possa exercer a persecução penal em relação a tais delitos, o que, em última instância, importa em ingerência indevida do ente federal em um Estado-membro.

53. Enfim, por todos os argumentos aqui expostos, não resta outro destino ao feito que não seja sua extinção, sem julgamento de mérito, ausentes as três condições da ação.

NO MÉRITO

54. A alegação autoral central consiste no argumento de que a inexistência de norma que possibilite a interrupção da gestação de fetos supostamente inviáveis violenta o princípio da dignidade da pessoa humana, no que se refere à gestante e sua autonomia reprodutiva.

55. Tal alegação, que reconhece à gestante um direito à escolha entre manter ou interromper a gravidez, não está centrada no respeito ao direito à vida, no que se refere ao feto portador de anomalia ou enfermidade incurável e que impossibilite sua vida extra-uterina.

56. Com efeito, não apenas o Código Penal, em seus artigos que criminalizam o

aborto, mas também o Código Civil e a Constituição da República consagram, como direito fundamental, o direito à vida, consoante se infere dos artigos 1º, II e III, e 5º, da CRFB/88 e artigo 2º do NCC.

57. Como assevera MARIA HELENA DINIZ¹²,

“A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide (CC, art. 2º, Lei n. 8.974/95 e CP, arts. 124 a 128). O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.

*Assim sendo, se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito à vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. O direito ao respeito à vida é *excludendi alios*, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros”- nossos grifos.*

¹² Maria Helena Diniz, O Estado Atual do Biodireito, São Paulo, Editora Saraiva, 2ª edição, p. 22.

58. Apegam-se os defensores da tese exposta na exordial a dois argumentos, para contornar a evidente afronta ao direito à vida contida em tal ideário: a inviabilidade da vida extra-uterina do feto e a vida apenas em potencial do mesmo.

59. A questão atinente à viabilidade da vida extra-uterina, e mesmo à forma humana, é desprezada pelo ordenamento jurídico, como condicionante do direito à vida. Diz ANTONIO CHAVES¹³ que *o nosso direito não exige como o francês, a viabilidade, isto é, a sobrevivência pelo menos durante 24 horas após o nascimento, nem, como o Direito Romano, a forma humana*. E, socorrendo-se das lições de Clóvis Bevilacqua, explica as razões pelas quais a viabilidade ou não da vida não deve preocupar o Direito:

“Em primeiro lugar, o ponto de vista do direito é social e não biológico; portanto, pode o indivíduo ser considerado incapaz de viver e, no entanto, por isso mesmo que vive, merece a proteção do direito. Imagine-se um indivíduo malformado, que os peritos declaram inapto para a vida. Não obstante, ele dura alguns dias. Se alguém o matar, comete ou não um crime? Ninguém responderá pela negativa. Por quê? Porque esse indivíduo é um ser humano. Da mesma forma que o Direito Penal o protege, deve protegê-lo o Direito Civil. Conseqüentemente, deve considerá-lo capaz de adquirir direitos, deve dar-lhe um tutor, se ele tiver perdido os pais ou estes forem incapazes. Depois, se o direito assegura vantagens ao nascituro, porque há de ser mais duro e menos benévolo com o que nasce? A ciência condena-o, certamente, à morte, dentre em breve. Mas, além de que a ciência pode enganar-se, o direito não pode reconhecer esse caso de morte civil, em uma época em que já não subsistem as outras formas.”

60. A questão da viabilidade da vida extra-uterina também não oferece a necessária segurança às relações jurídicas, porque o conceito em si do que seja uma vida inviável é absolutamente fluido e variável, dependente dos avanços da ciência e da certeza dos diagnósticos.

61. Segundo HANS LILIE, decano e catedrático de direito penal na Universidade Martin-Luther de Halle-Wittenberg, na Alemanha, *há que se advertir, inclusive*

¹³ Antônio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, Tomo 1, São Paulo, Editora RT, p. 313.

no interior da profissão médica, que não existem definições e conceitos claramente estabelecidos sobre aquilo em que consiste a saúde, a enfermidade, a normalidade e a anormalidade, e, muito menos, e enfermidade genética ou, mais particularmente, a normalidade ou anormalidade genéticas. Conseqüentemente, os limites e definições nesse campo podem ser bastante arbitrários, mutáveis e controvertidos. Além disso, a própria gravidade da maioria das enfermidades genéticas varia continuamente ao longo de um espectro de gravidade. Com a falta de definições claramente determinadas no âmbito da genética médica, o exercício do direito paterno proposto será, em alguma medida, forçosamente arbitrário¹⁴.

62. Por outro lado, a tese autoral além de desconectada dos avanços médico-científicos, contribui para a própria estagnação da ciência médica, pois por que razão as universidades e os cientistas irão buscar a cura para anomalias cromossômicas, ainda que no nível da engenharia genética, se nenhum ser humano padece de tais males, por serem eliminados ainda na fase fetal?

63. Ora, se na definição de LEONARDO LENTI¹⁵, *a engenharia genética é uma atividade que consiste em modificar uma ou mais características do genoma de um indivíduo*, introduzindo no genoma um gene que supra a falta ou corrija a anomalia provocado por outro gene defeituoso, e se o progresso da engenharia genética avança a olhos vistos, a pretensão ministerial não se justifica.

64. O segundo sustentáculo da tese autoral é a existência de vida meramente potencial do feto, a qual, em confronto com o direito da gestante de proceder à interrupção da gestação, deveria ser afastada.

65. Ou seja, a vida do feto teria início com o seu nascimento, havendo, antes disso, apenas uma mera expectativa de vida. Tal argumento também não se sustenta, quer do ponto de vista biológico, quer do ponto de vista jurídico.

66. Em termos científicos, a vida humana começaria, para alguns, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide, criando-se então a primeira célula do novo ser, dotado de um código genético próprio, que conduzirá todo o seu desenvolvimento. Para outros, a vida humana teria início quando da nidação, da implantação do blastocisto ao meio interno materno. Seja como for, fato é que é incontestável para a ciência que a vida humana começa bem antes do nascimento do feto, razão pela qual a alegação de vida meramente potencial é totalmente desvinculada da realidade.

¹⁴ Contracepção e Esterilização, in *Biotecnologia, Direito e Bioética*, Belho Horizonte, Del Rey, p. 135.

¹⁵ Leonardo Lenti, *La procreazione artificiale*, Padova, 1995, p. 25.

67. Não poderia o direito ficar alheio à tal realidade fática, tanto que, embora atribuindo apenas ao ser humano que nasça com vida a personalidade, resguarda desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º NCC). A Convenção Americana dos Direitos Humanos, porém, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aplicável ao ordenamento jurídico pátrio por conta do § 2º do artigo 5º da Carta Constitucional, vai mais além, para dispor que

“Artigo 4º – Direito à vida

1. 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.”

68. Do mesmo modo dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º, consignando expressamente a necessidade de adoção de políticas públicas que permitam o nascimento.

69. Em suma, vida humana há, ainda antes do nascimento, de modo que qualquer ponderação de interesses a ser feita, para a solução da lide, deságua na confrontação entre o direito à autonomia reprodutiva da gestante, e o direito à vida, não em potencial, mas atual, do feto.

70. Costuma-se utilizar o exemplo da anencefalia – e a inicial enveredou pelo mesmo caminho – como paradigma clássico de vida extra-uterina inviável, e mesmo de inexistência de vida do próprio feto, em analogia com o que dispõe a Lei n. 9.434/97, que trata dos transplantes de órgãos, para justificar a interrupção da gestação.

71. Embora no presente feito pretenda-se obter a possibilidade do abortamento de todos os fetos que apresentem alguma anomalia que torne sua vida extra-uterina inviável, e não apenas dos anencéfalos, fato é que nem mesmo em relação a esses o exemplo se sustenta.

72. Com efeito, a morte encefálica, utilizada na Lei n. 9.434/97 como marco a partir do qual a retirada dos órgãos é autorizada, é apenas uma etapa do processo morte, mas não necessariamente a última etapa.

73. Segundo **ODON MARANHÃO**¹⁶, *dos pontos de vista médico, sanitário, social e jurídico, é preciso estabelecer o momento da morte. Embora de longa data se*

¹⁶ Odon Ramos Maranhão, Curso Básico de Medicina Legal, São Paulo, Malheiros, p. 248.

saiba que ela não é algo instantâneo, mas um processo, tem-se adotado – de modo pacífico – como ocorrendo quando se verifica parada irreversível da circulação e da respiração. Trata-se da chamada morte cardio-respiratória (...) Em determinados casos a morte cerebral precede à cardio-respiratória (esmagamento craniano, p. ex.) Passou-se a avaliar o funcionamento do cérebro como critério para diagnosticar a realidade da morte (...) Contudo, é preciso ponderar que o encéfalo engloba, além do cérebro, o tronco cerebral e o cerebelo, e a morte pode ser determinada (reconhecida) como inatividade encefálica irreversível. Ocorre ausência de sinais de atividade do tronco cerebral, arreflexia pupilar à luz, ausência de reflexo córneo-palpebral, ausência de desvio ocular aos desvios cefálicos e às provas calóricas, há apnéia...

74. Por sua vez, **MAURÍCIO DE CASTRO GOVÊA DA SILVA**¹⁷, no trabalho intitulado “A Morte Encefálica e sua Repercussão no Direito”, transcreve excerto de manifestação de autoria do médico neurologista e chefe da disciplina de Neurologia Experimental da Universidade Federal de São Paulo, segundo o qual

“os critérios clínicos utilizados para o diagnóstico de morte encefálica não são (e nem jamais o foram) fundamentados em achados científicos, e que a sua proposição inicial, bem como as reformulações que a sucederam, estão e estiveram sempre vinculadas a erros de raciocínio e a conceitos confusos, mal aplicados ou formulados (...) Em face do conhecimento neurocientífico acumulado a partir da década de 1980, e principalmente nos últimos dois anos, encontra-se concretamente divisada a possibilidade de que a aplicação de tais critérios, por ocasião da remoção de órgãos e tecidos (inclusive vitais) para transplantes, venha a ser feita em pacientes que se encontram na iminência de desenvolverem lesão irreversível de todo o encéfalo ou parte dele, mas que, na realidade, sejam ainda recuperáveis.”

75. E conclui Maurício Govêa, no sentido de que *ainda há controvérsias a respeito do diagnóstico da morte encefálica, trazendo insegurança para o intérprete do Direito, como também para a sociedade, que é a principal*

¹⁷ Temas de Biodireito e Bioética, Editora Renovar, p. 180.

beneficiária dos transplantes e garantidora de sua continuidade. Portanto, se não se consegue ainda definir com precisão o momento da morte, toda a questão das técnicas terapêuticas inseridas nos programas de saúde, visando à diminuição dos sofrimentos de milhares de pessoas e envolvendo grandes somas de recursos destinados à pesquisa e à manutenção dos complexos médico-hospitalares ficará comprometida.

76. Ora, a anencefalia é a anomalia consistente na ausência completa ou parcial da calota craniana e das estruturas anatômicas correspondentes e de tecidos que a ela se sobrepõem, possuindo o anencéfalo, entretanto, funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, com a presença do tronco encefálico e porções variáveis do diencéfalo.

77. Ora, se o anencéfalo, a despeito de não possuir o nível encefálico superior ou cortical, possui ainda outras funções corporais comandadas pelo nível medular e o nível encefálico inferior, e se a morte, como visto, não pode ser definida simplesmente como morte encefálica, a menos que se esteja frente à hipótese de transplante de órgãos, o feto anencéfalo é um ser humano vivo, e, por tal razão, também em relação a ele a ponderação a ser feita é entre o direito à autonomia reprodutiva da gestante e o direito à vida atual do filho não nascido.

78. Ora, sem se negar o direito à dignidade da gestante e o direito à autonomia reprodutiva da mulher, fato é que sobrepõe-se aos mesmos o direito à vida do feto, viável ou inviável sua futura experiência extra-uterina. A ponderação de interesses que poderia justificar a interrupção terapêutica da gestação seria aquela em que a vida da genitora estivesse em risco, mas para tal hipótese já há a previsão constante do artigo 128, inciso I, do Código Penal. A angústia e o sofrimento pela geração de um descendente portador de anomalia ou enfermidade não podem importar, portanto, em direito à interrupção da vida do embrião.

79. Costuma-se associar uma série de complicações à saúde da gestante de fetos inviáveis, em especial de fetos anencéfalos, como razão a justificar o abortamento daqueles.

80. Não há, entretanto, uma associação necessária e perfeita entre tais complicações e a anomalia fetal, nem há, por outro lado, gravidez, qualquer que seja ela, isenta de todos e quaisquer riscos de saúde. Por outro lado, o próprio procedimento de interrupção da gestação pode provocar risco de vida para a gestante, ou danos psicológicos à mesma. **MARIA HELENA DINIZ**¹⁸ aponta uma série de complicações relacionadas ao aborto, a saber, infecção crônica

¹⁸ Op. cit., p. 89

(salpingite) e traumatismo, com obstrução das trompas, hemorragia, incompetência istmo-cervical, infecção vaginal, embolia, aderência da placenta à parede do útero, surgimento de pólipos, entre outros.

81. Seja como for, exatamente porque as hipóteses de contraposição da saúde da mãe gestante ao direito à vida de seu filho são variadas, a ponderação de interesses a fim de se verificar qual deles deve prevalecer deve ser feita no caso em concreto (ponderação *ad hoc*), mediante uma avaliação individualizada, perante os juízes de direito estaduais, e não em sede de ação civil pública, perante a justiça federal, em que se discutem teses, e não vidas humanas.

82. Melhor do que isso seria a busca da via judicial para a implantação de políticas públicas voltadas para a **prevenção** do aparecimento de anomalias e enfermidades, sobretudo mediante o oferecimento às gestantes de complexos vitamínicos e ácido fólico, em consonância com o que dispõem o artigo 8º, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.080/90.

83. A vingar a pretensão ministerial, caberá aos profissionais de saúde dos hospitais públicos, em condições de trabalho críticas e em sobrecarga evidente, verificar se o feto porta alguma deficiência, anomalia ou enfermidade que lhe impossibilite a vida extra-uterina, **sem que tal avaliação possa ser contrastada frente ao Poder Judiciário**, em prejuízo da vida humana que vive no ventre materno, o que, não fosse todos os demais argumentos, representa inequívoca lesão ao princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

84. De resto, restará aberta a porta ao aborto eugênico, transformando, no dizer de **THAIS DAI ANANIAS DE CARVALHO** e **CAROLINA ANANIAS JUNQUEIRA FERRAZ**¹⁹, uma exclusão fenotípica em racismo genotípico, sendo capaz de construir uma sociedade *à la carte*.

85. Fica, portanto, a crítica tecida por **ELIANE S. AZEVEDO**²⁰, a respeito da exacerbação do belo e da discriminação do feio nas sociedades ocidentais modernas:

“Queiramos ou não, as sociedades ocidentais modernas, e até mesmo a nossa, são herdeiras de uma cultura conceitual do belo, que não esqueceu a tradição grega. O conceito de perfeição física obedece

¹⁹ Aborto Eugênico – Uma Questão Jurídica, *in* Biodireito, 2002, Editora Del Rey, p. 442.

²⁰ Eliane S. Azevedo, A Bioética no Século XX, Brasília, UNB, p. 97.

a convenções arbitrárias e secretas que as sociedades estabelecem consigo mesmas. Os desviantes dos padrões convencionalmente aceitos são, geralmente, considerados indesejáveis. Assim, a carga psicossocial que marginaliza os desviantes dos padrões convencionais de perfeição física pode até custar-lhes a vida em abortamentos conscientemente planejados”.

CONCLUSÃO

86. Ante o exposto, requer o Estado do Rio de Janeiro a extinção do feito, sem julgamento do mérito, ausentes as condições para o legítimo exercício do direito de ação. No mérito, sejam julgados improcedentes os pedidos contidos na exordial, pelas razões já apresentadas nos capítulos precedentes.

87. Protesta o réu pela produção de todas as provas em direito admitidas, sem a exceção de qualquer, notadamente, das provas documental, pericial e testemunhal, se necessário forem.

Nestes termos,
pede deferimento.

Rio de Janeiro, 01 de setembro de 2004.

Carlos da Costa e Silva Filho
Procurador do Estado

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado