

21



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

48

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 9053596-62.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA sendo recorridos PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA e PREFEITO DO MUNICIPIO DE PIRASSUNUNGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. BARRETO FONSECA E RENATO NALINI.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUSA LIMA, CORRÊA VIANNA, CARLOS DE CARVALHO, LUIZ PANTALEÃO, JOSÉ ROBERTO BEDRAN, MAURÍCIO VIDIGAL, DAVID HADDAD, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, LAERTE SAMPAIO, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, ARMANDO TOLEDO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, GUILHERME STRENGER, RUY COPPOLA, BORIS KAUFFMANN, CAMPOS MELLO, ROBERTO MAC CRACKEN e GUERRIERI REZENDE com votos vencedores; REIS KUNTZ (Presidente), BARRETO FONSECA (com declaração de voto) e RENATO NALINI (com declaração de voto) com votos vencidos.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2011.

CARLOS DE CARVALHO
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

1

VOTO Nº 20.089

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 994.08.009456-0

COMARCA: SÃO PAULO -

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

REQUERIDOS: PREFEITO E CÂMARA DO MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA

Constitucional e Administrativo - ADIN - Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga, que dispõe sobre a proibição, no âmbito do Município, por meio da Rede Municipal de Saúde ou da Secretaria Municipal da Saúde, a distribuição da “pílula do dia seguinte” e a distribuição e implantação do DIU – Dispositivo Intra Uterino - Matéria relativa à direção superior da administração municipal.- Usurpação de atribuições do Chefe do Executivo – Inconstitucionalidade - Violação do disposto nos artigos 5º, 47, inciso II, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo - Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga.

1.- O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA propôs a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face do **PREFEITO e CÂMARA DO MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA**, pedindo a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga, que dispõe sobre a proibição, no âmbito do Município, por meio da Rede Municipal de Saúde ou da Secretaria Municipal da Saúde, da distribuição da “pílula do dia seguinte” e da distribuição e implantação do DIU – Dispositivo Intra Uterino, por afronta o comando contido nos artigos 5º e 47, inciso II, da Constituição Paulista, pois se cuida de ato discricionário de administração dos serviços públicos, a cargo do Poder Executivo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

2

Foi concedida a medida liminar para suspender a vigência e eficácia da lei impugnada.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA prestou informações, sustentando a constitucionalidade do diploma legal questionado.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO manifestou sua falta de interesse em matéria que envolve auto-organização do Município.

CCR – COMISSÃO DE CIDADANIA E REPRODUÇÃO E CONECTAS DIREITOS HUMANOS manifestou-se, na qualidade de *“amicus curiae”*, argumentando pela constitucionalidade da Lei nº 3.723, de 28/04/2008.

O digno PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA opinou pela procedência do pedido, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº Lei nº 3.723, de 28/04/2008 do Município de Pirassununga.

É o relatório.

2.- Procede, integralmente, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga, que dispõe sobre a proibição, no âmbito do Município, por meio da Rede Municipal de Saúde ou da Secretaria Municipal da Saúde, da distribuição da “pílula do dia seguinte” e da distribuição e implantação do DIU – Dispositivo Intra Uterino, como bem demonstrou o ilustre PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, na petição inicial.

Com efeito, o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, em perfeita harmonia com o disposto no artigo 29, *caput*, da Constituição da República, estabelece que: “Os Municípios, com autonomia política, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

Portanto, a capacidade de os Municípios se auto-organizarem, no que diz respeito aos seus poderes, está vinculada aos limites e às regras gerais impostas na Constituição Federal e na Constituição Paulista.

Na lição do saudoso Professor HELY LOPES MEIRELLES, "A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da Prefeitura e a maior ou menor desconcentração de suas atividades" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 21ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dácio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1996, págs. 671 e 672).

Em seu "Direito Municipal Brasileiro", o eminente mestre ressalta que: "A execução das obras e serviços públicos municipais está sujeita, portanto, em toda a sua plenitude, à direção do Prefeito, sem interferência da Câmara, tanto no que se refere às atividades internas das repartições da Prefeitura (serviços burocráticos ou técnicos), quanto às atividades externas (obras e serviços públicos) que o Município realiza e põe à disposição da coletividade. "Advirta-se, ainda, que, para as atividades próprias e privativas da função executiva, como realizar obras e serviços municipais, para prover cargos e movimentar o funcionalismo da Prefeitura e demais atribuições inerentes à chefia do governo local, não pode a Câmara condicioná-las à sua aprovação, nem estabelecer normas aniquiladoras dessa faculdade administrativa, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, por ofensa à prerrogativas do prefeito" (Malheiros Editores, 11ª edição, atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis, pág. 617). "A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da Prefeitura e a maior ou menor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

4

desconcentração de suas atividades. Cabe ao prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência do presidente da Câmara quanto aos utilizados nos serviços da Edilidade, mas, mesmo no que toca a estes bens, somente os atos de uso e conservação é que competem ao presidente, visto que os de alienação e aquisição devem ser realizados pelo Executivo, como representante do Município” (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 11ª edição, atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis.

Ora, o artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, em coerência com o preceito abrigado no artigo 84, inciso II, Constituição Federal, prevê que: *“Compete, privativamente, ao Governador do Estado: II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; e XIV - praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo”.*

O artigo 5º da Constituição do Estado estabelece a independência e harmonia entre os Poderes.

Por isso mesmo, não podia o legislador municipal dispor sobre a proibição, no âmbito do Município, por meio da Rede Municipal de Saúde ou da Secretaria Municipal da Saúde, da distribuição da “pílula do dia seguinte” e da distribuição e implantação do DIU – Dispositivo Intra Uterino (Lei nº da Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga), com o que incidiu em incontornável violação do princípio da independência dos Poderes e total desrespeito às atribuições próprias do Executivo.

Em suma, a Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do Município de Pirassununga, fere frontalmente o disposto nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, visto que usurpa ou suprime funções próprias do Prefeito Municipal, conforme demonstrado acima.



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL**

3.- Pelo exposto, julgam procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.723, de 28/04/2008, do MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA, comunicando-se à Câmara Municipal para suspensão de sua execução, nos termos do artigo 90, § 3º, da Constituição Paulista.


**CARLOS DE CARVALHO
RELATOR**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1

Voto nº. 27.972

14II11

Ação direta de inconstitucionalidade de lei nº. 9053596-62.2008.8.26.0000 - São Paulo

Requerente: Procurador Geral de Justiça

Requerida: Colenda Câmara Municipal de Piraçununga

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Ouso divergir do eminente Relator e da douta maioria para julgar improcedente a ação, nos termos de voto proferido pelo eminente Desembargador Renato Nalini, quando Relator sorteado em igual ação movida contra a Câmara Municipal de Jundiaí, a cujo entendimento entusiasmadamente aderi.

É que, sobre a Lei municipal de Piraçununga nº. 3.723, dos 28 de abril de 2008, não dispor, com a devida vênia do entendimento em sentido contrário, sobre matéria legislativa de iniciativa exclusiva do Prefeito, porque não causou aumento de despesa e nem dispôs sobre criação de secretaria municipal, está conforme ao disposto nos

itens 1 e 4 do parágrafo único do artigo 219 da Constituição Paulista, e na linha do disposto no **caput** do artigo 5º, inciso III do **caput** do artigo 1º, incisos III e IV do artigo 3º, inciso II do artigo 4º e no artigo 196, todos da Constituição da República.

A proibição da distribuição de micro-abortivos, a que o Ministério da Saúde não tem a coragem de chamar pelo nome adequado e que, covarde e eufemisticamente chama de anticoncepcionais de emergência, assim como a de dispositivos intra uterinos, nada tem a ver com previdência social e defesa da saúde (inciso XII do **caput** do artigo 24 da Constituição da República), mas é, isso sim, uma agressão à vida, na linha da cultura da morte, que, infelizmente, e contra o disposto no **caput** do artigo 5º, inciso III do **caput** do artigo 1º, incisos III e IV do artigo 3º, inciso II do artigo 4º e no artigo 196, todos da Constituição da República, começa a imperar também aqui.

A harmonia entre os poderes (artigo 5º da Constituição Paulista) leva a que possa o Legislativo estabelecer proibições a desmandos do executivo na distribuição de produtos químicos e dispositivos que atentam contra a vida, ao invés de, como

determinado no parágrafo único do artigo 219 e no inciso V do artigo 223, ambos da Constituição Paulista, assegurar a vida e a distribuição de medicamentos e produtos destinados a assegurar a saúde. A lei impugnada não invadiu, por isso mesmo, competência do Prefeito, nos termos do § 2º do artigo 24, em combinação com o artigo 144, ambos da Constituição Paulista. Não é privativo do Prefeito legislar sobre aborto, ainda que com o nome de anticoncepção de emergência.

A vida, não custa lembrar, começa com a fecundação do óvulo, ao ser penetrado pelo espermatozóide. Com o ovo, já há vida nova, com outras características genéticas, diferentes das da mulher.

Ainda que a personalidade só comece com o nascimento com vida, a vida é protegida desde o seu início (**caput** do artigo 5º da Constituição da República e inciso I do artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, mandado observar no Brasil pelo Decreto nº. 678, dos 6 de novembro de 1992, na forma do § 2º do artigo 5º da Constituição da República).

Os microarbotivos contêm dose de hormônios mais que dez vezes maior que a contida em anticoncepcionais, o que pode causar sangramentos e outros males às usuárias.

Por isso, não entendo como uma instituição voltada à defesa da vida, da saúde, da dignidade da pessoa humana e da Constituição, e que muito admiro e que já tive a honra de integrar, se preste a propor ações como esta.

Por derradeiro, ainda que a defesa da vida seja também um princípio religioso, a República Federativa do Brasil, ainda que leiga, não é infensa a valores religiosos, como se depreende da leitura de seu preâmbulo e da parte final do inciso I do seu artigo 19.

Pelo exposto, em que pesem os fundamentos do voto do eminente Relator sorteado, **julgo improcedente** esta ação direta de inconstitucionalidade.


Barreto Fonseca



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO Nº 17.791

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI Nº
9053596-62.2008.8.26.0000 (antigo nº 994.08.009456-0)
– PIRASSUNUNGA

Requerente: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

Requeridos: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE
PIRASSUNUNGA e PRESIDENTE DA CÂMARA
MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA

Vistos etc.

Respeitado o entendimento da Douta Maioria, meu voto seria pela improcedência da ação.

Saliente-se, de início, que a preservação de uma tendência tecnicista e excessivamente formalista inibe de maneira evidente a competência legislativa do Município. Hoje o Município é *entidade da Federação*, o que não ocorre na maior parte das Federações existentes no planeta. Essa opção do constituinte de 1988 não pode ser mero gesto retórico, desprovido de significado. Por isso mesmo, há de se resgatar a capacidade normativa do Parlamento local. A reforçar a tese tantas vezes defendida por André Franco Montoro, saudoso Mestre de Introdução à Ciência do Direito da PUC-São Paulo, para quem *“as pessoas não moram na União, nem no Estado: residem no Município”*.

É no âmbito da cidade que se desenvolve a vida rotineira e procuram as criaturas realizar-se em



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

plenitude. Por isso, o legislativo municipal não pode ser inteiramente privado de dispor sobre temas que interessem à comunidade. É o que parece ocorrer contemporaneamente, quando quase todas as iniciativas dos edis são fulminadas pela pecha de inconstitucionalidade.

Esse raciocínio, por sinal, está a esvaziar orientação predominante em outras Democracias e já instaurada no Estado brasileiro, exatamente por força da erudição de constitucionalistas como Gilmar Ferreira Mendes, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O corolário do princípio da *presunção de constitucionalidade* é a metodologia hermenêutica da *interpretação conforme a Constituição*. Ou seja: nenhuma norma será declarada inconstitucional se puder mostrar-se afinada com a Carta Política. E estar *afinada* com a Constituição significa não malferir seus preceitos expressos ou seus preceitos implícitos.

A Lei Municipal nº 3.723, de 28.4.2008, na verdade, mostra-se qual raríssima irradiação do princípio basilar adotado pelo constituinte de 1988, qual seja, a *inviolabilidade da vida*. Embora a maior parte da doutrina considere a vida um dos cinco direitos fundamentais, dos quais extraíveis setenta e oito minuciosas enunciações – os incisos de I a LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República – ela é, verdadeiramente, um *pressuposto* à fruição de todo e qualquer direito.

Liberdade, igualdade, propriedade e segurança só têm sentido se o titular que delas poderá fruir estiver em pleno gozo de seu ciclo vital. De que valem os direitos fundamentais da liberdade, em todas as suas dimensões, da isonomia, da propriedade e da segurança, em relação ao morto?



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

Por isso a vida é um *pressuposto* à fruição de qualquer direito, justificadamente chamado genericamente de *bem da vida*. Ou situa-se numa categoria superior, como um verdadeiro *supradireito*.

Ora, se o Município não puder prestigiar a vida no âmbito de seu território e vedar que o dinheiro do povo possa impedir o desenvolvimento do ciclo vital, haverá uma nítida *perversão* do sistema constitucional.

Temas existem que não podem permanecer subordinados à convencional compartimentação das competências. O legislador local tem o dever de verificar se o erário – resultante da contribuição de todos – será destinado a favor da vida. É titular da obrigação de zelar para que o povo não sustente a indústria da morte. Outra coisa não é *distribuir contraceptivo de urgência*.

A palavra *contraceptivo* é eloqüente. É substância que impede a continuidade da fecundação. A sua ingestão interrompe em caráter definitivo e irreversível o desenvolvimento do ciclo vital de seres humanos nos primeiros instantes de sua existência. O verbete *contraceptivo* pode ser utilizado de forma intercambiável com *abortivo*. E abortar é matar quem ainda não nasceu. Não é simplesmente *evitar a gravidez*. É praticar uma forma qualificada de homicídio: aquele que se perpetra contra uma existência inocente, recém-iniciada, que se não vier a ser obstaculizada prosseguirá até o termo natural: o nascimento com vida.

Na fecundação evidencia-se o milagre vital de que a natureza e a indissociável dignidade humana se fazem presentes desde que o espermatozóide – a célula germinativa masculina – penetra no ovócito ou óvulo – a célula germinativa feminina. Nesse instante já se definiram o sexo, as tendências físicas e psicológicas de um novo indivíduo. Ou essa criatura é pessoa ou não será nunca. Não há surpresas ou metamorfoses. É só



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

permitir que a vida se desenvolva e esse processo natural não se interromperá com o nascimento, nem com o crescimento, nem com a maturidade ou velhice. O termo final é a morte, que não pode ser antecipada sob qualquer pretexto.

Ora, *“assim que concebido, um homem é um homem”*, lembra o Prof. Jérôme Lejeune, considerado o Pai da Genética Moderna. E usar contraceptivo é abortar. Aborto que é crime e que não teria sido recepcionado pela ordem fundante a partir da formalização do Tratado de São José da Costa Rica, sequer sob suas exteriorizações anteriormente toleradas pelo direito penal. Na visão de Mário Quintana, *“o aborto não é, como dizem, simplesmente um assassinato. É um roubo...Nem pode haver roubo maior. Porque, ao malgrado nascituro, rouba-se-lhe este mundo, o céu, as estrelas, o universo, tudo. O aborto é o roubo infinito!”*.

Um produto químico impeditivo da implantação do óvulo fecundado não poderia sequer ser fabricado. Mata um ser humano em seus primeiros instantes de existência. Como pode o dinheiro do povo ser usado não para prestigiar a vida, mas para fabricar lixo hospitalar?

É legítimo ao Município obstar a disseminada entrega - nos serviços públicos de saúde, dessa substância antinidatória. O *levenorgestrel* é um anticonceptivo oral de urgência, que o vulgo conhece como *pílula do dia seguinte*, do tipo progestágeno com síntese e ligeira atividade estrogênica e androgênica. Atua de maneira a evitar a ovulação e a fertilização se a relação sexual teve lugar na fase preovulatória, que é o momento em que a possibilidade de fertilização é mais elevada.

Tais reflexões são hábeis a demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

implica em ato de suma gravidade institucional. De maneira que não pode ser a regra geral, senão a exceção. É a *ultima ratio* da ordem jurídica. Compreende-se o vezo da inconstitucionalidade que acomete a comunidade forense, ante uma Constituição que abriga valores entre si antagônicos. Mas uma lei ditada de acordo com os mecanismos previstos na Carta Fundamental, que seguiu os trâmites do processo legislativo goza de uma presunção de legitimidade que opera plenamente. Ao contrário da incompatibilidade, houve preocupação do Parlamento e do Executivo local em prestigiar o maior valor tutelado pelo constituinte de 1988: a inviolabilidade da vida.

Tais ponderações recomendam que este Órgão Especial exerça a atribuição que a Carta Paulista lhe comete com sobriedade e prudência. Impõe-se arredar a norma unicamente quando a repugnância de seu conteúdo com a cláusula constitucional seja manifesta, clara e indubitosa. Não é o que ocorre nestes autos, quando a qualquer pessoa parecerá evidente que o dinheiro do povo destinado à saúde não pode ser desvirtuado para impedir a continuidade da fecundação.

O direito à vida é o primeiro direito natural da pessoa humana, preexistente a toda legislação positiva que resulta garantido pela Constituição, pelos Tratados Internacionais, pelas Convenções e pelo consenso geral da *comunidade aberta dos intérpretes da Constituição*, tão cara ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

O homem é o eixo e centro de todo o sistema jurídico e só pode ser fim em si mesmo, sem invocar sua natureza transcendente e sua pessoa é inviolável desde a fecundação. Constitui um valor fundamental em relação ao qual os restantes valores têm sempre caráter instrumental. Por isso é que as questões de competência e de delimitação das atribuições do legislador municipal



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

cedem perante o nobre intuito da disposição que impede que o dinheiro público seja convertido em controle de natalidade.

Debilitam-se o argumento de que a iniciativa foi de um edil e o estreitíssimo parâmetro para considerar o que significa *interesse local*. Primeiro porque a lei não cria um encargo sem a necessária provisão financeira e tampouco interfere no funcionamento da máquina administrativa, de forma que sua edição não resvalou na esfera da discricionariedade do Prefeito. Depois, se impedir o abortamento de futuros munícipes não integra o *interesse local*, não se sabe o que poderá guardar pertinência com as atribuições do Município na ordem fundante brasileira.

Por isso é que esta ação direta de *inconstitucionalidade* merece um destino de improcedência.

É uma ação que também se submete à metodologia da *livre apreciação* ou da *sadia crítica* judicial. Cabe recordar lição doutrinária aplicável à espécie: *“Partindo do significado literal, sã crítica é a arte de julgar da bondade e verdade das coisas sem vício nem erro; constitui um modo correto de racionalizar, de refletir e de pensar acerca de uma coisa; no caso, acerca da prova produzida no processo. Como a ciência que expõe as leis, modos e formas de racionalidade, é a lógica, sã crítica é o sistema que concede ao juiz a faculdade de apreciar livremente a prova, mas respeitando as regras da lógica e as máximas da experiência. A lógica proposicional tem suas próprias leis que não podem ser ignoradas pelo juiz, tais como o princípio de identidade, do terceiro excluído, da dupla negação e de contradição, entre outros...As regras da sã crítica são normas de lógica que operam no critério pessoal dos juízes, ou bem que são “regras do entendimento humano”, “critérios de lógica não precisos*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

*na lei, meras diretivas assinaladas ao juiz cuja necessária observância resta submetida à sua prudência, retidão e sabedoria. Os princípios da lógica têm que ser complementados com as chamadas "máximas de experiência", quer dizer, com "o conhecimento da vida e das coisas que possui o juiz"*¹.

Pode-se objetar e afirmar que ninguém está obrigado a consumir a *pílula do dia seguinte* e que seria inconstitucional proibi-la. Primeiro, não é vedado ao Município aplicar bem os seus escassos recursos. Depois, a experiência mostra que o fato de haver distribuição gratuita da pílula incentiva as relações sexuais revestidas de imprudência, assim como a oferta gratuita e intensificada de preservativos é um convite à promiscuidade.

Ora, isso propicia a consideração de verdadeiras *máximas de experiência* no julgamento de algo que guarda pertinência com a vida comunitária. As *máximas de experiência* são o conjunto de conhecimentos que o juiz obteve culturalmente com o uso, a prática ou só com o coexistir. Esses conhecimentos não podem ser desprezados quando se trata de julgar uma incompatibilidade com o pacto fundante. Pois as *máximas de experiência* integram o caudal cultural do juiz e não é necessário alegá-las, nem prová-las, pois o julgador pode e deve aplicá-las em seu julgamento.

Não se cuida de mero conhecimento particular do fato, mas de lições hauridas na experiência, das quais o juiz não pode prescindir para alcançar o justo concreto. A certeza de que a distribuição gratuita desse medicamento – pode-se chamar de *medicamento* algo que impede a vida? – incentivará a multiplicação de relações sexuais principalmente entre jovens. Tal certeza integra o

¹ ROLAND ARAZI, *La prueba em el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1986, p.102.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

patrimônio de noções comum e pacificamente acolhidas em um determinado círculo social que, genericamente, pode ser denominado cultura.

O contingente efeito abortivo configura uma ameaça certa contra a vida das pessoas que começa desde a concepção. A simples possibilidade ou probabilidade de causar mal tão grave ao direito à vida – constitucionalmente amparado – como a desapareção do titular desse direito, se mostra flagrantemente incompatível com uma Carta Cidadã que enfatiza a vida e sua dignidade.

Nem se argumente com a dúvida sobre os efeitos do fármaco, suscetível de inclinar a convicção no sentido da improbabilidade de produção de dano. Ao contrário, se no Direito Ambiental prevalece a incidência plena dos princípios da *precaução* e da *prevenção*, com razão maior se haverá de fazê-los incidir quando o que está em jogo é a vida humana. Se houvesse dúvida, a opção seria pela vida, com vedação plena de qualquer possibilidade de aborto.

O efeito notoriamente reconhecido exige a necessidade de maiores análises a respeito da pílula. Acrescente-se a opinião científica e a ordem fundante a reconhecer que a vida começa com a fecundação. Juntas, tais constatações representam a certeza de que existe ameaça efetiva e iminente ao bem jurídico primordial da vida que não é suscetível de reparação ulterior.

E todas as considerações acerca da inconstitucionalidade da distribuição da 'pílula do dia seguinte' são aplicáveis à distribuição e implantação do DIU – Dispositivo Intra Uterino.

Em resposta a questionário formulado pela Associação Pró-Vida de Anápolis, o PROFESSOR DR. BUSSÂMARA NEME (CRMSP 3312), Professor Emérito das Faculdades de Medicina da USP e UNICAMP, e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

Titular da Cadeira de Clínica Obstétrica da Faculdade de Medicina da PUC/Sorocaba, é contundente e bem esclarece a ação abortiva do dispositivo:

“PERGUNTA 1: O que leva o senhor a crer que o mecanismo de ação do DIU seja abortivo? **RESPOSTA:** De todos os métodos abortivos o mais seguro é aquele que introduz um corpo estranho na cavidade uterina. Como corpo estranho o DIU aumenta a contratilidade uterina no sentido de provocar sua expulsão. Sabemos que na segunda fase do ciclo menstrual (também chamada pós-ovulatória) o organismo da mulher, quando ocorre a fecundação, é invadido pelo hormônio progesterona, secretado pelo corpo lúteo. Este hormônio inibe a contratilidade uterina, mantendo o útero quiescente. O óvulo fecundado, agora ovo, normalmente, migra pela luz tubária durante três dias e ao atingir a cavidade uterina não apresenta, ainda, a capacidade corrosiva (da sua superfície externa ou trofoblasto) necessária para sua implantação na decidua materna. Assim, permanece livre por cerca de 3 a 4 dias, até atingir no sétimo dia, a capacidade corrosiva indispensável para a sua nidação. A quiescência uterina, prodigalizada pela progesterona, é indispensável para evitar a contratilidade uterina que, fatalmente, eliminaria o ovo (ainda não fixado no útero). A presença do DIU, mantendo contratilidade uterina permanente é anormal e a irritação de secreções anormais da decidua (onde deve ocorrer a implantação), favorecem a expulsão do ovo, até então livre na cavidade uterina. Trata-se de um micro-abortamento que ocorre assintomático (em geral).

PERGUNTA 2: Há médicos que dizem que pelo menos o DIU de cobre, como o TCU 380A, não causa aborto, mas mata ou imobiliza os espermatozoides antes da fertilização. O que o senhor tem a dizer? **RESPOSTA:** As entidades defensoras do emprego do DIU, não encontrando justificativa fisiológica contra a idéia de que a presença do DIU impede a nidação, apelaram para o emprego de DIU enriquecidos de cobre. Esse metal, durante 2 anos (idéia inicial), teria capacidade espermecida, impeditiva da fecundação. Sou testemunha de várias clientes, portadoras



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

de DIU de cobre há mais de 6 anos e, entretanto, apesar de anulada a ação espermatecida, permanecem mantendo vida sexual normal sem que ocorram gestações.

PERGUNTA 3: O senhor acha verossímil que um artefato de plástico consiga deter uma marcha de 200 milhões de espermatozóides, ou acredita que o principal mecanismo de ação do DIU é impedir a nidação da criança no útero?

RESPOSTA: Acredito, como referi na resposta 1, que o DIU ao manter exagerada e anormal a contratilidade uterina e ao provocar a irritação da decídua, seja responsável pela expulsão do ovo, que ao chegar na cavidade uterina ainda não apresenta capacidade corrosiva para a sua implantação.

(...)

PERGUNTA 5: O DIU é muito usado como contraceptivo "pós-coital", sendo inserido no útero vários dias após a relação sexual. Este fato atestaria que ele possui ação abortiva?

RESPOSTA: De acordo. Sempre pelo mecanismo que provoca sua expulsão pela hipercontratilidade uterina. As "curiosas" que provocam abortamentos precoces sabem muito bem que a presença de uma sonda intra-uterina, fatalmente, segue-se de abortamento.

(...)

PERGUNTA 7: O fato de, em alguns casos, a criança conseguir aninhar-se no útero e desenvolver-se pode ser usado para negar que o DIU seja abortivo?

RESPOSTA: Não. Por vezes, particularmente em multigestas (mais de 5 gestações), a imperfeita implantação do DIU torna possível a nidação ovular.

PERGUNTA 8: A ausência de beta-HCG no sangue das usuárias de DIU pode ser um argumento válido para se negar o efeito abortivo do DIU? **RESPOSTA:** Não. Isso porque a presença de beta-HCG na circulação materna só



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÓRGÃO ESPECIAL

ocorre após a nidadação ovular manter trocas circulatórias entre a mãe e o ovo.”²

Do exposto, diante da evidente opção pela vida contida na Lei Municipal de Pirassununga, inviável extirpá-la da ordem jurídica, a pretexto de que invadiria competência privativa da União ou do Estado ou que vulneraria outros dispositivos cuja consistência não se compara com o supra-valor a cuja tutela foi preordenada.

Por esses fundamentos é que, ²malgrado a magnanimidade da Douta Maioria, o meu voto era no sentido da improcedência da presente ação.


RENATO NALINI

² Fls. 71/73 dos autos e também < <http://www.providaanapolis.org.br/busneme.htm>>, consulta em 18.2.2011.