



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, DIGNÍSSIMA  
RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL N. 442**

**Ref.: Petição 41888/2017**

**O COMITÊ LATINO-AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER - CLADEM/BRASIL e a ASSOCIAÇÃO DAS PROMOTORAS LEGAIS POPULARES**, ambas organizações já qualificadas nestes autos, consoante requerimento de admissão no feito na qualidade de *AMICUS CURIAE* (Petição 41888/2017, de 03 de agosto de 2017), vêm, respeitosamente, por meio de sua procuradora, mais uma vez com fundamento no artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99, no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99, no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil e no artigo 169 e seguintes do Regimento Interno deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, requerer a juntada das **RAZÕES** com as quais objetivam contribuir nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL que tem por objeto o reconhecimento da não-recepção parcial dos artigos 124 a 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/1940).



## **1. SOBRE A REPRESENTATIVIDADE E CAPACIDADE DAS POSTULANTES (PETIÇÃO N. 41888/2017)**

Como já muito bem já salientado por Vossa Excelência em outra passagem nestes mesmos autos *“na medida em que tendente a pluralizar e enriquecer o debate constitucional com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional, a intervenção do amicus curiae acentua o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercida por esta Corte.”*<sup>1</sup>

Em tal sentido, outrossim como já destacado pelas organizações na petição 41888/2017 na qual postulam seu ingresso como *amici curiae*, o CLADEM/BRASIL - Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, é o capítulo nacional da rede feminista regional CLADEM, organização não governamental com mais de vinte anos de atuação, cuja finalidade é articular e potencializar os esforços de pessoas, grupos, movimentos e organizações nos países da América Latina e Caribe, para a promoção, vigilância e defesa dos direitos humanos das mulheres, com ênfase para temas de discriminação, violência, direitos sexuais e reprodutivos, em uma dinâmica que interconecta os planos nacional, regional e internacional.

O CLADEM atua desde 1992 no Brasil em articulação com pessoas e organizações feministas da América Latina e do Caribe em diferentes ações de promoção dos direitos humanos das mulheres. Organização, com representação em dezesseis países, o CLADEM atua em nível regional e nacional no monitoramento internacional, litígio internacional e formação em direitos humanos das mulheres.

Daí porque ser importante destacar desde já que o CLADEM/Brasil atuou como uma das organizações co-peticionárias que levaram o caso Maria da Penha (Caso 12.051) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA). E que, posteriormente, ao lado de juristas, especialistas e feministas, o CLADEM fez parte, ainda, do Consórcio de organizações não governamentais (ONGs) que elaborou a proposta de anteprojeto que resultou na Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha, visando a proteção da mulher em casos de violência doméstica e familiar.

Também, no que se refere à defesa dos direitos humanos das mulheres à dignidade e à isonomia material, podemos destacar o papel exercido pelo CLADEM/Brasil perante esta Suprema Corte brasileira na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 de

---

<sup>1</sup> Decisão Monocrática na ADPF n. 442. Despacho de 25/04/2017, DJE nº 117, divulgado em 02/06/2017.



relatoria do Ministro Marco Aurélio, ajuizada pelo Presidente da República em face de atos lesivos interpretativos e decisões judiciais que negavam a aplicação da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, na qual o CLADEM/Brasil foi admitido como *amicus curiae* contribuindo com o Tribunal nesta importante decisão que declarou a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da referida lei.

Como é possível notar tem sido relevante a participação do CLADEM/Brasil como *amicus curiae* perante esta Corte, o que se pode destacar também por nossa participação no julgado da ADI nº. 4.439, que discutiu sobre ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, na qual, mais uma vez, o Cladem/Brasil, juntamente com outras entidades representativas de nosso país, requereu sua participação como *amicus curiae*.

O CLADEM/Brasil é, portanto, uma organização internacional que atua há décadas de modo consistente na defesa dos direitos humanos independentes e integrais das mulheres, com expressiva atuação como colaborador desta Corte Suprema. Sendo, portanto, de reiterar seu pedido de ingresso *amicus curiae* nos autos desta Arguição na qual está em debate tema sobre o qual a organização dedica-se há anos.

De sua parte é importante destacar também que a ASSOCIAÇÃO DAS PROMOTORAS LEGAIS POPULARES, entidade parceira a postular seu ingresso como *amicus curiae*, teve como nascedouro o programa de formação de Promotoras Legais Populares - PLPs, criado em 1993 pela organização não-governamental THEMIS, em Porto Alegre/RS. Um projeto, hoje, reconhecido nacional e até internacionalmente como um efetivo instrumento de afirmação e disseminação dos direitos humanos das mulheres, particularmente em relação à violência doméstica e aos direitos sexuais e direitos reprodutivos. De fato, o programa firmou-se como uma política pública não estatal estando implementado em 14 municípios do Estado do Rio Grande do Sul e em 11 estados brasileiros.

As Promotoras Legais Populares (PLPs) são lideranças comunitárias femininas capacitadas em noções básicas de Direito, direitos humanos das mulheres, organização do Estado e do Poder Judiciário, dentre outras temáticas pertinentes conforme o contexto do bairro ou região na qual estão inseridas.

Após uma formação de 80 horas/aula, as PLPs atuam voluntariamente em suas comunidades na defesa, orientação e triagem de demandas de violação de direitos; na prevenção de violações, através da educação sócio-comunitária, e na promoção de direitos, com participação e representação em conselhos, conferências, comissões e fóruns.



As Promotoras Legais Populares atuam na perspectiva da ampliação das condições de acesso à justiça exercendo o papel de ponte entre as mulheres e o Estado, entre os sujeitos de direitos e os serviços públicos. Nesse sentido, o projeto de formação das PLPs transforma a história de vida de cada um e de cada uma.

A experiência de formação das PLPs ultrapassa os interesses pessoais para oportunizar a institucionalização do Serviço de Informação à Mulher (SIM). No SIM, as PLPs capacitadas atuam voluntariamente como agentes comunitárias de justiça na promoção dos direitos e na democratização do acesso à justiça.

Cada Promotora Legal Popular é uma liderança capaz de dar orientação sobre questões do cotidiano (violações de direitos, ameaças, violência contra a mulher, abortamentos etc.) para outras mulheres que se encontram necessitadas de reconhecimento e apoio para enfrentamento de dificuldades, de modo que a organização preenche todos os requisitos necessários para postular contribuir como *amicus curiae*.

Ambas as organizações, como visto, e já afirmado anteriormente, possuem representatividade da sociedade civil e desempenham atividades totalmente pertinentes ao tema da ADPF nº 442, restando demonstrada sua legitimidade para a admissão de suas contribuições na qualidade de *amici curiae* ante a relevância da matéria abordada na presente lide. Ambas dispõem de conhecimento técnico, político e social em relação a políticas públicas, ao campo jurídico e demandas sociais na área de direitos humanos na perspectiva de gênero; e, ainda, militância e acúmulo de experiência tanto no combate a violência contra a mulher, quanto de respeito aos direitos sexuais e reprodutivos.

## **2. A CONTRIBUIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA DEFINIÇÃO DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA POLÍTICA CRIMINAL DESDE UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL FEMINISTA E DA PREVALÊNCIA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DESDE UMA ÓTICA FEMINISTA**

### **2.1. CONTRIBUIÇÃO SOBRE O DIREITO À PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NA DEFINIÇÃO DOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

A liberdade é um conceito fundamental para todos os juristas, entretanto, adquire relevo ainda maior para as mulheres, para quem configura liberdade de autodeterminação e



autorrealização.<sup>2</sup> Contudo, o conceito de liberdade tem um âmbito de aplicação quase ilimitado. Pois, quase tudo o que desde algum ponto de vista é considerado bom ou desejável é vinculado com ele.<sup>3</sup>

Como nos ensina Robert Alexy<sup>4</sup> é impossível caracterizar com maior precisão a conotação *emotiva* da palavra liberdade. Geralmente quem designa algo como “livre” não somente descreve, mas expressa uma valoração positiva, e cria em seus ouvintes um estímulo para compartilhar esta valorização.

A conotação emotiva positiva relativamente constante pode ser vinculada com significados descritivos mutáveis. Quem deseja estimular alguém para que realize uma ação pode tentar fazê-lo dizendo que “liberdade” consiste em realizar esta ação. Enfim, liberdade é um conceito polissêmico.

Em termos mais restritos, entretanto, de acordo com Alexy, é possível falar em liberdade jurídica na exata medida em que esta liberdade configure uma alternativa de ação – termos em que se poderá falar de uma *liberdade negativa*. Assim, uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que não lhe estão vedadas alternativas de ação.

Nas exatas palavras de Alexy “*concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; tan sólo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo.*”<sup>5</sup>

Liberdade positiva e liberdade negativa, nas acepções que lhe conferem Alexy, se diferenciam somente porque, na *liberdade positiva*, o objeto da liberdade é uma ação. Enquanto que, na *liberdade negativa*, consiste em uma alternativa de ação. E é neste contexto que se coloca a discussão, no campo do direito penal, sobre a (des)criminalização do aborto.

O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.

---

<sup>2</sup> PITCH, Tamar. Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003. Pp. 262.

<sup>3</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 214.



Luigi Ferrajoli<sup>6</sup> nos ensina que o direito à autodeterminação em relação à maternidade constitui o único direito fundamental exclusivo das mulheres. Para o autor:

*“(...) el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un ‘derecho a la paternidad voluntaria’ análogo y simétrico al ‘derecho a la maternidad voluntaria’, por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas”.*

Qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (neste caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal.<sup>7</sup>

Conforme Ferrajoli<sup>8</sup>:

*“En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir constituyente, de tipo pre- o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho de pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto”.*

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2010. Pp. 86.

<sup>7</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2010. Pp. 85.



Pensando na contribuição ora prestada pelas entidades amici é de ver-se que, como já referido por Soraia da Rosa Mendes<sup>9</sup> a partir de Jürgen Habermas<sup>10</sup>, uma *injustiça*, como define-se a partir da exata medida em que a liberdade é limitada e a dignidade humana é atingida por restrições que retira dos/as “oprimidos/as” e “submetidos/as” a possibilidade de exercer sua autonomia privada e pública.”

Significa, assim, que os direitos fundamentais, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado à revelia das próprias envolvidas. Sem que estas articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Ou seja, que a autodeterminação seja elaborada a partir do que ela significa para as próprias mulheres.<sup>11</sup> Eis o porquê de estarmos aqui, enquanto *amici curiae*.

## **2.2. CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL DESDE UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL FEMINISTA**

Segundo Tamar Pitch<sup>12</sup> o direito das mulheres se constitui como uma disciplina científica e acadêmica a partir dos fracassos das políticas de igualdade tanto formal, quanto substancial e com um impulso cognoscitivo e político. Segundo ela, Tove Stang Dahl indica três fontes de conhecimento fundamentais para a construção da nova disciplina: as doutrinas jurídicas, os dados empíricos, e os valores morais e políticos.

O direito das mulheres não pode tão somente inverter e atravessar os limites dos diversos ramos do direito, precisamente porque as vidas concretas das mulheres não se deixam encerrar nem compreender pelas rígidas regras do privado ou do direito público. Estas, de outro lado, devem ser entendidas – e aí a necessidade de recorrer a instrumentos das ciências sociais – e interpretadas politicamente à luz de valores como justiça e liberdade. E justiça e liberdade não são somente valores axiomáticos como nas

---

<sup>9</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Os Direitos Fundamentais das Mulheres à Autodeterminação e à Proteção como Limites ao Poder Punitivo: Reflexões sobre a Criminalização do Aborto no Projeto de Novo Código Penal e sobre a Proibição de Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. V. 20, Lisboa. p.8369 - 8406, 2013.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>11</sup> MENDES, S. R. Os Direitos Fundamentais das Mulheres à Autodeterminação e à Proteção como Limites ao Poder Punitivo: Reflexões sobre a Criminalização do Aborto no Projeto de Novo Código Penal e sobre a Proibição de Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. V. 20, Lisboa. p.8369 - 8406, 2013.

<sup>12</sup> PITCH, Tamar. Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003. Pp. 261.



doutrinas do direito natural, mas valores que se constroem “desde baixo”, quer dizer, cabendo admiti-los como resultados das experiências concretas e das valorações que emergem, tanto do movimento de mulheres em geral, como de práticas específicas.<sup>13</sup>

É neste último aspecto que, como demonstraremos, a liberdade é elemento fundamental de limitação da atuação penal com relação às mulheres, pois, sob o prisma do direito das mulheres, a liberdade se define no contexto de vidas concretas, e na exata medida destas mesmas vidas.<sup>14</sup>

Desde nossa concepção, nos marcos de um Estado (Laico) Democrático de Direito, em que está garantida a liberdade, como direito à autodeterminação, a criminalização do aborto, tal como hoje prevista no Código de 1940, não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

No julgamento da ADPF n. 54 (caso da anencefalia), pelo Supremo Tribunal Federal, alguns Ministros/as, a começar pelo Relator, Min. Marco Aurélio, afirmaram que não estavam decidindo de forma genérica sobre a *descriminalização* do aborto. Nas palavras dos/as julgadores/as tratava-se ali somente da anencefalia. É verdade. São muitas e diversas as situações que levam uma mulher a interromper a gravidez.

Contudo, o Relator também disse, em seu voto, que o assunto envolvia a *dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres*. Ou seja, falou de todos os direitos fundamentais das mulheres, cujo respeito é necessário para que se conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observemos bem que o Ministro poderia ter dito que a discussão envolvia somente o direito à saúde. Em princípio bastaria. Mas, foi além. Falou em liberdade, em autodeterminação, em direitos reprodutivos, em direitos fundamentais das mulheres.

Sim, as mulheres têm direitos fundamentais. E um deles é o de livremente decidir sobre seu próprio corpo. Trata-se de um direito fundamental e exclusivo das mulheres.<sup>15</sup> Um direito que expressa aquilo que Stuart Mill<sup>16</sup> chamava de “*a soberania de cada um para decidir sobre a própria mente e o próprio corpo*”.

---

<sup>13</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>16</sup> MILL, Stuart. *A Sujeição das Mulheres*. Coimbra: Almedina, 2006.





Por outro lado, também está no voto que as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado *endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las*. E que a conciliação entre a liberdade religiosa e o Estado laico significa que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

Ou seja, não é juridicamente possível que num Estado laico uma lei tenha como conteúdo uma concepção moral e religiosa. Muito menos é possível obrigar alguém a obedecer a uma lei que parta daí.

A Constituição não diz quando começa a vida. Esta é uma construção moral/religiosa de cada um. E, diferente de qualquer outra proibição penal, como já disse Ferrajoli, a que se refere ao aborto equivale a uma obrigação. A obrigação de tornar-se mãe, de dar à luz, de criar um filho.

O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas. A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.

Como mais uma vez com maestria aponta a jurista italiana Tamar Pitch<sup>17</sup>, para pensar o direito das mulheres, é preciso rever o campo de atuação do direito penal, e implodir velhas estruturas.

Neste sentido, mais recentemente um novo alento surgiu uma decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Em síntese a Primeira Turma do Supremo afastou a prisão preventiva de dois réus, denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal), nos autos do HC 124.306.

De acordo com o Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, em posição que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizavam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade

---

<sup>17</sup> PITCH, Tamar. Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003.



física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

Como disse o Ministro Barroso, em seu voto:

*“A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.”*

Como adredemente dissemos, sem dúvida, liberdade é uma palavra com uma certa conotação *emotiva*, posto que geralmente quem designa algo como “livre” não somente descreve, mas expressa uma valoração positiva, e cria em seus ouvintes um estímulo para compartilhar esta valorização. Sem embargo, embora “liberdade” possua um caráter polissêmico, é possível, por outro lado, dizer que uma pessoa só é livre na medida em que não lhe estejam vedadas possibilidades de escolha.<sup>18</sup>

Liberdade, assim compreendida, adquire um relevo ainda maior na perspectiva feminina, pois configura direito de autodeterminação e auto-realização que consubstanciam o direito de decidir dado a cada uma, sem imposições morais ou religiosas distanciadas da realidade vivida particularmente.

A autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito fundamental e exclusivo das mulheres, que se configura em um primeiro momento como uma liberdade negativa, ou seja, uma alternativa de ação. E, indo além da liberdade negativa é de ver-se que, diferente de outras proibições penais, a criminalização do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E que isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal.

A liberdade é elemento fundamental de limitação da atuação penal em relação às mulheres, posto que se define no contexto de vidas concretas, e na exata medida destas mesmas vidas em suas alternativas de escolha. Sendo este o contexto em que se deve

---

<sup>18</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.



colocar a discussão, no campo do direito penal, sobre a (des)criminalização do aborto.<sup>19</sup>

Repitamos: nos marcos de um Estado (Laico) Democrático de Direito, em que está garantida a liberdade, como direito à autodeterminação, a criminalização do aborto tal, como hoje prevista no Código de 1940, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Sendo a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 442) uma das mais oportunas ações (na mais ampla acepção do termo em sentido jurídico, político e social) para finalmente garantir às mulheres o pleno exercício de seus direitos fundamentais.<sup>20</sup>

A discussão aqui proposta visa salientar a incompatibilidade entre a legislação penal e a Constituição, de modo a demonstrar que as leis não podem ser veículos para realizar desejos de imposição de condutas morais e religiosas responsáveis pela morte de milhares de mulheres negras e pobres que, sem alternativa, submetem-se a abortos clandestinos em nosso país.

A legislação penal tem por fim tutelar subsidiária e fragmentariamente bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.

### **2.3. CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE A PREVALÊNCIA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DESDE UMA ÓTICA FEMINISTA**

#### ***2.3.1. Sobre a saúde sexual e reprodutiva, os direitos humanos das mulheres***

Entendemos que a ADPF 442 representa uma oportunidade de aplicação do entendimento firmado no RE 466.343<sup>21</sup> que versa sobre a vigência dos tratados

---

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. 2a. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>21</sup> STF. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília. Julgamento em 03 de dezembro de 2008.



internacionais de direitos humanos no Brasil e a hierarquia dessas normas no ordenamento brasileiro, reforçando a noção de controle de convencionalidade<sup>22</sup>.

O posicionamento desta Corte, até o momento, já admite a insuficiência de qualquer olhar que se restrinja a norma constitucional a uma avaliação de mera validade de uma lei. De fato, como acima demonstramos, a discussão sobre a validade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, desde nossa ótica, em conflito com os dispositivos constitucionais de 1988, não pode passar ao largo da experiência do aborto como um problema de direitos humanos que encontra no sistema internacional um campo donde emerge uma interpretação apropriada.

A ADPF n. 442, em essência, trata dos direitos humanos das mulheres, exigindo que nos remetamos à análise do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESP), do Protocolo de San Salvador e do Pacto de San José da Costa Rica (a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH); bem como da normativa internacional especial<sup>23</sup>, qual seja a Convenção pela a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979 ou Convenção da Mulher); além do conjunto de compromissos do Estado brasileiro com as dimensões da saúde sexual e reprodutiva das mulheres enquanto sujeito de direitos (neste sentido: o Programa de Ação de Viena, 1993; o Plano de Ação de Cairo, 1994; o Plano de Ação de Pequim, 1995; e o Consenso de Montevideú, 2013). Sendo essas as bases normativas que permitem um controle de convencionalidade.

O uso dos tratados de direitos humanos como parâmetro para a validação das leis não é apenas um método de interpretação constitucional de um Tribunal. A compreensão do

---

<sup>22</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V.104, jun/dez. 2009, p. 241-286; RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXXVI, n° 113, 2009, p. 333-370.

<sup>23</sup> A história dos direitos humanos sob o aspecto do reconhecimento normativo é conhecido pelo processo de aprovação de tratados de proteção geral de direitos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e posterior tratados de proteção segundo a titulares de direitos (crianças, mulheres, trabalhadores migrantes). Sobre o tema ver JELINL, Elizabeth. *Cidadania revisitada: solidariedade, responsabilidade e direitos*. In: HERSHERBERG, Eric (Org.). *Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. São Paulo: Edusp, 20016, v. I; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004; COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008; CANÇADO TRINDADE, A.A. *O legado da declaração universal e o futuro da proteção dos direitos humanos*. In: AMARAL JR, A.; PERRONE-MOISÉS, C. (org). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999;



conteúdo da normativa de direitos humanos é um caminho para a efetivação dos compromissos internacionais, o que por óbvio implica responsabilização do Estado brasileiro. De modo que, como a ADPF trata da norma penal sobre aborto, necessário se faz uma avaliação sobre quais meios o Estado brasileiro já adotou na afirmação do direito ao abortamento e sua conseqüente descriminalização.

Quanto a isso, vale dizer: (i) o controle de convencionalidade ainda não é uma prática legislativa no país, embora os parlamentares também tenham esse dever diante das obrigações estatais em direitos humanos tanto na propositura de novas leis como na revisão das antigas<sup>24</sup>; e (ii) o tempo razoável para uma modificação legislativa anti-direitos humanos das mulheres – ato ilícito por omissão na linguagem internacional<sup>25</sup> – já superou qualquer noção de razoabilidade se considerar que já se passaram mais de vinte anos desde a ratificação dos tratados de direitos humanos<sup>26</sup>.

Com isso queremos dizer que o Judiciário é hoje um meio adequado e eficaz disponível sob a perspectiva dos direitos humanos das mulheres<sup>27</sup>.

No Brasil o processo de especialização dos direitos humanos em face da dignidade das mulheres encontrou dificuldades por ocasião da aprovação Lei Maria da Penha (Lei

---

<sup>24</sup> Em 2013, a descriminalização do aborto foi objeto de parecer do Senado, por ocasião da relatoria da Reforma de Código Penal (PLS 451). O relatório se restringiu a incluir a decisão do STF sobre anencefalia, não aplicou o controle de convencionalidade e nem afirmou os direitos humanos das mulheres. Quanto ao papel do Legislativo na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, as propostas legislativas estão no sentido de impedir inclusive as possibilidades de aborto já reconhecidas desde 1940.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “A última Tentação de Cristo” (Olmedo Busto e Outros) Vs Chile. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, em 05 de fevereiro de 2001. Voto concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, p.9.

<sup>26</sup> A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (ONU, 1965) foi ratificada em 1968. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979) foi ratificada em 1984. A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU 1989) foi ratificada em 1990. A Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) foi ratificada em 1992. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) foi ratificado em 1992. O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966) foi ratificado em 1992. A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (ONU, 1984) foi ratificada em 1989.

<sup>27</sup> Ver Recomendação Geral n. 28 do Comitê CEDAW, sobre a implementação das obrigações internacionais (art.2 da Convenção CEDAW), 2010, par. 3. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>. Acesso em 25.09.2017.



11.340/06), pois, pela primeira vez, a normativa dos direitos humanos das mulheres tornou-se o objeto central de judicialização<sup>28</sup>.

Nessa ocasião, alegava-se que uma lei destinada às mulheres violaria o princípio da igualdade. Isto é, negava-se a experiência particular das mulheres com a violência doméstica, negava-se uma resposta normativa a relação violência e o sexo e gênero da vítima<sup>29</sup>.

As controvérsias sobre a constitucionalidade da Lei chegaram à Corte Constitucional brasileira, mas foi a compressão do conteúdo dos direitos das mulheres a base discursiva que, felizmente, encontrou guarida no Supremo Tribunal Federal ao declarar, por unanimidade, a constitucionalidade da lei destinada às mulheres na Ação Declaratória n. 19, e desenhar seus contornos constitucionais na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424.

As decisões provenientes do julgamento conjunto destas ações demonstrou nitidamente a importância da relação entre a normativa internacional e a proteção da dignidade das mulheres brasileiras. Vale, lembrar, por sinal, que inclusive os aspectos históricos da afirmação dos direitos humanos das mulheres foram considerados neste Supremo Tribunal, quando o Min. Celso de Mello, em seu voto, além fazer menção à Convenção de Belém do Pará (1994) e aos compromissos da Plataforma de Ação de Pequim (1995)<sup>30</sup> e assim pronunciou-se:

*“Cabe ter presente, bem por isso, neste ponto, ante a sua extrema importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados*

---

<sup>28</sup> “Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito. voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito.” STF, DC 19. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09 de fevereiro de 2012.

<sup>29</sup> O texto da Convenção CEDAW apenas menciona a discriminação por sexo. No entanto, o Comitê CEDAW busca esclarecer e interpretar o conteúdo das obrigações convencionais e já incorporou os conceitos de gênero. Ver Recomendação Geral n. 28 do Comitê CEDAW, sobre a implementação das obrigações internacionais (art.2 da Convenção CEDAW). Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acesso em 25.09.2017.

<sup>30</sup> STF, DC 19. Relator Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Celso de Mello. Julgamento em 09 de fevereiro de 2012.

pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **promovida** pela Organização das Nações Unidas (1993), **na passagem em que** esse instrumento, **ao reconhecer** que os direitos das mulheres, **além de** inalienáveis, “constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais” (Capítulo I, item n. 18), **deu expressão prioritária** à “plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)” (Capítulo I, item n. 18).

**Foi com tal propósito** que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **instou**, de modo particularmente expressivo, que “as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas”, **enfatizando**, ainda, “a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento (...)”, **tudo isso com a finalidade de pôr em relevo** a necessidade “de se trabalhar no sentido de **eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada**, de eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, **de eliminar** preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as conseqüências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso” (Capítulo II, “B”, n. 3, **itens ns. 36 e 38**).

Esse **mesmo** compromisso **veio a ser reiterado** na Declaração de Pequim, **adotada** na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, **realizada** na capital da República Popular da China (1995), **quando**, uma vez mais, **proclamou-se que práticas e atos de violência** “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, **conclamando-se** os Governos à **urgente adoção** de medidas destinadas a combater e a eliminar **todas as formas de violência e de constrangimento** “contra a mulher na vida privada e pública, **quer** perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“Plataforma de Ação”, Cap. IV, “I”, item n. 224), **especialmente** quando tais atos **traduzirem** abuso de poder, tal como **expressamente** reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher

(...)

**Essa função de tutela** dos direitos da mulher, **muitas vezes** transgredidos por razões de inadmissível preconceito de gênero, **é desempenhada**, no contexto do sistema interamericano, **pela Convenção Interamericana** celebrada, em Belém do Pará (1996), **com o objetivo** de prevenir, punir e erradicar toda forma de desrespeito à Mulher, **notadamente na hipótese de violência física, sexual e psicológica** “ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa (...)” (Artigo 2, “B”).



A Plataforma de Ação de Pequim, citada no douto voto do Ministro Celso de Mello, trata explicitamente dos direitos sexuais e reprodutivos em sua interdependência com os outros direitos das mulheres, e de como o controle sobre a própria reprodução e sexualidade “*livre de coerção, discriminação e violência*” fazem parte dos direitos humanos das mulheres.<sup>31</sup>

Essa perspectiva dos direitos humanos consolidou-se a partir da Conferência Internacional sobre Populações e Desenvolvimento da ONU, em 1994, na cidade do Cairo, especificamente no Princípio 4 do Plano de Ação de Cairo. A importância dessa Conferência para os direitos das mulheres não se limita ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, pois o documento afirma um novo paradigma para a decisão dos Estados quando o tema é o corpo das mulheres.

Até os anos de 1970 o aborto estava inserido nas políticas de controle de natalidade a serviço do interesse dos Estados que estavam preocupados na relação pobreza e crescimento populacional. A virada paradigmática que a Conferência marca representou a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos deslocando a legitimidade da decisão sobre o número de filhos para as mulheres e casais como sujeitos de direitos e não objeto das decisões estatais<sup>32</sup>. Espera-se, portanto, que o Estado brasileiro assuma essa perspectiva no âmbito interno, a começar pelo marco conceitual de direitos humanos e saúde reprodutiva como uma obrigação internacional.

As duas conferências da ONU devem ser mencionadas também para considerar que o aborto não é um método contraceptivo, como muito se alega contra o direito ao abortamento. A noção de saúde sexual e reprodutiva traz consigo o direito à informação em saúde, o direito a educação sexual e o direito ao planejamento familiar<sup>33</sup>. Assim, a medida para prevenir a interrupção da gestação está no aprimoramento dos serviços de direitos sociais (saúde e educação) e não na política criminal.

Em um cenário de criminalização do abortamento as mulheres com melhor condição econômica têm também condições de recorrer a informações, inclusive em língua estrangeira. Suas oportunidades educacionais refletem na qualidade da informação que

---

<sup>31</sup> Item 96-97, Capítulo IV, Plataforma de Ação de Pequim, 1995.

<sup>32</sup> BARZELATTO, José. Desde el control de natalidad hacia la salud sexual y reproductiva: la evolución de un concepto a nivel internacional. In: BILAC, E.D.; ROCHA, M.I. Baltar (orgs). Saúde Reprodutiva na América Latina e no Caribe: temas e problemas. Campinas: PROLAP, ABEP, NEPO/UNICAMP, São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 39-50.

<sup>33</sup> Item 106, alínea “K”, sobre “promover o acesso da mulher durante toda a sua vida a serviços de atendimento à saúde, à informação e a serviços adequados, de baixo custo e boa qualidade”, Plataforma de Ação de Pequim, 1995.





procuram e encontram, bem como nos serviços de aborto seguro aos quais a maioria das mulheres brasileiras não tem acesso. A criminalização do aborto, portanto, gera um acesso “seletivo” à informação e à garantia da vida, incompatível com o postulado de que todos e todas devemos estar livres de discriminação de qualquer natureza.

Convém dizer que embora as mulheres apresentem uma escolaridade maior que os homens, quando se avalia ingresso e permanência escolar, importante elemento para a informação em saúde, não se pode ignorar a diferença educacional entre as próprias mulheres quanto ao quesito cor/raça e local de residência<sup>34</sup>. E, eis aqui, o que registram as estatísticas, e o que a experiência diuturna das Promotoras Legais Populares comprova.

Note-se que a relação entre saúde sexual e reprodutiva e o direito à informação está também na Convenção CEDAW (artigo 10, alínea h), assim como nas recomendações gerais do Comitê CEDAW da ONU<sup>35</sup>. A Recomendação Geral n.19 (1992) do Comitê CEDAW, presente no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADC n. 19, por ser uma observação com foco na violência contra a mulher, relaciona a violência de gênero com a ilegalidade do aborto. Vejamos:

*“m) Os Estados-partes assegurem que sejam tomadas medidas para impedir a coação no tocante à fertilidade e à reprodução, e para que as mulheres não se vejam obrigadas a buscar procedimentos médicos arriscados, como abortos ilegais, por falta de serviços aprimorados em matéria de natalidade.”*

Posteriormente, em 1999, o Comitê CEDAW retoma a interpretação do artigo 12 da Convenção, sobre o direito à saúde, com a criminalização do aborto<sup>36</sup>:

*“(.) as barreiras ao acesso das mulheres a atendimento de saúde adequado incluem leis que criminalizam os procedimentos médicos necessários apenas para mulheres e que punem as mulheres que se submetem a esses procedimentos.”*

---

<sup>34</sup> Ver AÇÃO EDUCATIVA; CARREIRA, Denise. Informe Brasil: Gênero e Educação. Ed. rev. São Paulo: Ação Educativa, 2013; CARREIRA, Denise et alli. Gênero e Educação: fortalecendo uma agenda para as políticas educacionais. São Paulo: Ação Educativa, CLADEM, Ecos, Gelédes e Fundação Carlos Chagas, 2016.

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>. Acesso em 25.09.2017.

<sup>36</sup> Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>. Acesso em 25.09.2017.



As diferentes recomendações gerais do Comitê CEDAW são interpretações da Convenção CEDAW (1979)<sup>37</sup>, objeto de monitoramento do Comitê CEDAW, a partir da premissa de que a Convenção é um “*instrumento dinâmico que se adapta da evolução do direito internacional*”, como explica a Recomendação Geral n. 28 (2010) sobre as obrigações estatais<sup>38</sup>.

A interpretação das Convenções pelos Comitês de Tratados da ONU é parte da metodologia de monitoramento internacional dos direitos humanos. Por isso, mais Comitês da ONU também cunharam interpretações que vinculam outros tratados de direitos humanos com os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres conformando “*um amplo marco jurídico cujo objetivo é assegurar o gozo de todos os direitos humanos por todas as pessoas e eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher por motivo de sexo e gênero*”<sup>39</sup>. Para deixar tal sem sombra de dúvidas tal perspectiva basta observar que a visão sobre o que sejam os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres reverberou até mesmo no Comitê de Direitos da Criança. Vejamos a Recomendação Geral n. 20, Comitê CDC, *in verbis*:

*“Adotar ou integrar uma política abrangente de saúde sexual e reprodutiva com perspectiva de gênero para adolescentes, enfatizando que o acesso desigual de adolescentes a tais informações e serviços equivale a discriminação.”*

Além de o direito à saúde sexual e reprodutiva constar de diferentes manifestações dos Comitês das Nações Unidas (CEDAW, CAT, CDC, CDH, como dissemos), o tema também foi objeto de uma recomendação específica do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC, 2016). Ou seja, caso ainda restasse alguma dúvida aos Estados-parte de que se trata de uma questão de direitos humanos e uma obrigação internacional, esta já não mais pode existir.

---

<sup>37</sup> PIMENTEL, Silvia. Comitê CEDAW: experiências e desafios. Brasília: SEPM, 2008.

<sup>38</sup> Recomendação Geral n. 28 do Comitê CEDAW, sobre a implementação das obrigações internacionais (art.2 da Convenção CEDAW), 2010, par. 2. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>. Acesso em 25.09.2017.

<sup>39</sup> Recomendação Geral n. 28 do Comitê CEDAW, sobre a implementação das obrigações internacionais (art.2 da Convenção CEDAW), 2010, par. 3. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>. Acesso em 25.09.2017.



Sublinhamos que o próprio Comitê admite que a Recomendação Geral n. 14 (2000) sobre o direito à saúde (art.12, PIDESC) já assegurava os direitos sexuais e reprodutivos, mas as práticas de violações demandaram uma recomendação específica (2016). E essa mais recente referência normativa sobre a dignidade sexual e reprodutiva, reforça<sup>40</sup>:

*“28. La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva. A fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos, particularmente en las zonas rurales y alejadas, y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; **liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto**, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.”*

#### **“Obligación de cumplir**

*45. La obligación de cumplir requiere que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva<sup>41</sup>. Los Estados deben tener como objetivo asegurar el acceso universal sin discriminación a todas las personas, entre ellas las que pertenezcan a grupos desfavorecidos y marginados, a toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad, en particular la atención de la salud materna; la información y los servicios de anticoncepción; la atención para el aborto sin riesgo (...)*

*48. Los Estados deben adoptar también medidas afirmativas para erradicar las barreras sociales en función de las normas o creencias que impiden a las personas de diferente edad y género, las mujeres, las niñas y los adolescentes el ejercicio autónomo de su derecho a la salud sexual y reproductiva. (...)*

---

<sup>40</sup> COMITÊ DESC. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

<sup>41</sup>

As recomendações gerais, também conhecidas por Comentários Gerais da ONU, são a interpretação do tratado CEDAW, que o Brasil ratificou no já longínquo ano de 1984<sup>42</sup>. Ademais de ser uma fonte complementar da própria Convenção CEDAW, as observações gerais da ONU também são consideradas fontes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se percebe no *Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* em 2012<sup>43</sup>:

*“222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer [...], se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.”*

*“226. Ni en su **Observación General No. 6 (derecho a la vida)**, ni en su **Observación General No. 17 (Derechos del niño)**, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus **observaciones finales a los informes de los Estados**, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.”*

*“297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una “decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”, ésta resulta discriminatoria. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio*

---

<sup>42</sup> Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 93, de 14/11/1984. Ratificado pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgado pelo Decreto nº 84.460 de 20/03/1984 e Decreto n. 84.460 de 20/03/1984.

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 4. Género, 2015, p. 37.



*prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.”*

Sabemos que interessa em muito para a análise desta ADPF, a decisão sobre o alcance da proteção do direito à vida, tal como previsto no artigo 4º do Pacto de San José. De fato, o tema merece atenção da Corte Constitucional brasileira na medida em que tal artigo é bastante mencionado como suposto fundamento para a negação do direito da mulher ao aborto e a permanente criminalização desse direito reprodutivo.

Entendemos, contudo, que apenas a expressão “desde a concepção” não é suficiente para colocar o direito do não nascido à frente da dignidade da mulher. Note-se que, como dissemos acima, a Corte Interamericana ao se apoiar nos Comitês de Tratados da ONU, está a afirmar a complementaridade entre o sistema global e sistema regional, e a sustentar, ainda, a impossibilidade de que uma expressão (“desde a concepção”), tomada em um compartimento estanque, sirva de parâmetro interpretativo em matéria de direitos humanos e obrigações internacionais.

A decisão no *Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* em 2012<sup>44</sup>, além de considerar o Sistema ONU como fonte de interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), é a atual interpretação sobre o direito à vida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Logo a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, no processo de compatibilização entre o artigo 4º da Convenção Americana e as decisões da Corte tem de ser no sentido de reconhecer e ampliar estas últimas no momento da análise dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

---

<sup>44</sup> “O caso é instigante, pois coloca em pauta os direitos sexuais e reprodutivos e a sua relação com as novas tecnologias, cobrando-se do direito um posicionamento a respeito. Também relaciona profundamente a questão da liberdade e das opções individuais com o debate sobre o direito à vida, bem como sobre a extensão dessa garantia, abrindo espaço para um debate fundamental para toda a região, que possui legislações bastante restritivas em relação ao aborto, por exemplo. Com isso, propõe um aprofundamento em termos de interpretação de normas jurídicas, no que se refere ao artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com os temas de direitos sexuais e reprodutivos.” GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva 2013, p 231.



### **2.3.2. Sobre as Recomendações da ONU ao Brasil acerca da descriminalização do aborto**

A relação do Estado brasileiro com os tratados de direitos humanos logo permite entender um conjunto de recomendações ao país em matéria de direitos humanos. Tais recomendações, diferentemente das recomendações gerais dos Comitês, são orientações sobre o aprimoramento de medidas nacionais para a garantia e promoção dos direitos humanos após o Brasil submeter relatórios periódicos à ONU. São, assim, o resultado da análise das práticas de direitos humanos no país de acordo com informações do próprio Estado (Executivo, Judiciário e Legislativo) e de organizações da sociedade civil<sup>45</sup>.

Esse é, portanto, o contexto de leitura das recomendações dos Comitês de Tratados ao Brasil sobre a dignidade da mulher e sobre a ampla participação brasileira. E o monitoramento internacional sobre as práticas brasileiras dizem muito sobre como os direitos humanos das mulheres ao aborto é uma questão pendente no Brasil de acordo com a ONU.

No caso da Convenção CEDAW, o Brasil submeteu pela primeira vez um relatório de seguimento (*follow-up*) temático sobre saúde, de acordo com uma recomendação após a sessão de 2012. O relatório de seguimento se relaciona com o volume de recomendações que são persistentes sobre determinados direitos a um Estado. No caso brasileiro, o relatório foi sobre dois temas: tráfico de pessoas e saúde, a ser apresentado em dois anos, antes do relatório periódico para a cada quatro anos de acordo com as regras de monitoramento da Convenção. Assim, após a sessão do Comitê em 2012, o Comitê CEDAW se manifestou novamente sobre a revisão da legislação sobre aborto e o direito à saúde<sup>46</sup> nos seguintes termos:

*“Em relação à recomendação ao Estado-Parte de “agilizar à revisão da legislação que criminaliza o aborto, a fim de eliminar as disposições punitivas impostas às mulheres, como já recomendado pelo Comitê (CEDAW/C/BRA/CO/6, n.º3)”: a Comissão não recebeu informações relevantes sobre as medidas tomadas pelo estado-parte para agilizar a revisão da legislação em vigor. Além disso, a Comissão está preocupada com os cerca de 30 projetos de lei que estão atualmente ameaçando os direitos das mulheres a interromper a gravidez, e propondo mecanismos de proibição total, com base no*

---

<sup>45</sup> Sobre a participação da sociedade civil no monitoramento da Convenção CEDAW ver <monitoramentocedaw.com.br>.

<sup>46</sup> COLETIVO FEMINO PLURAL. Recomendações do Comitê CEDAW no *Follow-up* sobre Tráfico de Mulheres e Exploração da Prostituição e Saúde das Mulheres (período de sessões 2014-2015). Porto Alegre, 2015, p.16



*aumento da punição. O Comitê considera que a recomendação não foi implementada.”*

Ao final a ONU reiterou a necessidade de esforços ágeis para a revisão da legislação punitiva imposta às mulheres, tal qual já estava em recomendação ao Brasil no ano de 2003<sup>47</sup>, 2007<sup>48</sup> e 2012.<sup>49</sup> São exatos quatorze anos após a primeira sessão do Brasil no Comitê CEDAW.

---

<sup>47</sup> “El Comité expresa preocupación por la elevada tasa de mortalidad derivada de la maternidad, particularmente en las regiones más remotas, en que el acceso a los servicios de salud es muy limitado. También expresa preocupación por las condiciones de salud de las mujeres de grupos desfavorecidos y por la elevada tasa de **abortos clandestinos y sus causas vinculadas a la pobreza, la exclusión y la falta de acceso a la información, entre otras**. El Comité también ve con preocupación el hecho de que, pese al progreso alcanzado en la lucha contra el VIH/SIDA, hayan aumentado el número de mujeres infectadas, especialmente de mujeres jóvenes.

El Comité recomienda que se adopten medidas adicionales para garantizar el acceso efectivo de las mujeres, especialmente las jóvenes, las mujeres de grupos desfavorecidos y las mujeres del medio rural, a la información y los servicios de atención de la salud, en particular los relacionados con la salud sexual y reproductiva. **Esas medidas son esenciales para reducir la mortalidad derivada de la maternidad e impedir que se recurra al aborto y proteger a la mujer de sus efectos negativos para la salud.** También recomienda que se establezcan programas y políticas para aumentar los conocimientos sobre los métodos anticonceptivos y el acceso a ellos en la inteligencia de que la planificación de la familia es responsabilidad de ambos integrantes de la pareja. El Comité también recomienda que se fomente ampliamente la educación sexual, orientada particularmente a los adolescentes, prestando especial atención a la prevención del VIH/SIDA y la lucha contra ese flagelo.” ONU. Comitê CEDAW, 2003, Brasil, Doc A/58/38, par. 77.

<sup>48</sup> “El Comité observa las medidas adoptadas por el Estado Parte para mejorar la salud de la mujer, incluida la salud sexual y reproductiva, como la Política nacional de derechos sexuales y reproductivos (mayo de 2006), el Pacto nacional para la reducción de la mortalidad materna y el Plan Integrado de lucha contra la feminización del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual; no obstante, expresa su preocupación por el hecho de que la tasa de mortalidad materna siga siendo elevada, lo que indica condiciones socioeconómicas precarias, bajos niveles de información y educación, una dinámica familiar vinculada a la violencia en el hogar y un muy difícil acceso a buenos servicios de salud. También preocupa al Comité la proporción de embarazos entre las adolescentes. Le preocupa además el elevado número de abortos en condiciones de riesgo, las sanciones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a abortos y las dificultades para acceder a cuidados para tratar las complicaciones derivadas de los abortos.

**El Comité alienta al Estado Parte a que siga esforzándose por aumentar el acceso de las mujeres a la atención de salud, en particular a los servicios de salud sexual y reproductiva, de conformidad con el artículo 12 de la Convención y la recomendación general 24 del Comité sobre la mujer y la salud.** Pide al Estado Parte que refuerce las medidas orientadas a prevenir los embarazos no deseados, especialmente fomentando el conocimiento y la concienciación respecto de las diversas opciones en materia de anticonceptivos y los servicios de planificación de la familia, y facilitando el acceso a los mismos. El Comité pide también al Estado Parte que siga de cerca la ejecución del Pacto nacional para la reducción de la mortalidad materna a nivel estatal y municipal, incluso mediante el establecimiento de comités sobre mortalidad materna en los lugares en que aún no existan. El Comité recomienda que el Estado Parte se ocupe con carácter prioritario de la situación de los adolescentes y que proporcione educación adecuada de preparación para la vida, prestando especial atención a la prevención de los embarazos y el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. **El Comité recomienda también**



Igualmente sobre necessidade de reforma da legislação discriminatória, o Comitê DESC manifestou explicitamente preocupações com os abortos ilegais e sobre a necessidade de o Brasil realizar uma reforma no Código Penal compatível com os direitos humanos (Recomendação n.51 e n. 52, 2003)<sup>50</sup>.

Posteriormente, ainda, focalizou sua preocupação com o aborto e situações de riscos associadas a atual legislação punitiva (Recomendação n. 29, 2007)<sup>51</sup>. Esse volume de manifestações da ONU é compreendido na sua integralidade, são recomendações que se

---

**al Estado Parte que acelere la revisión de la legislación que penaliza el aborto a fin de eliminar las sanciones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a un aborto, en consonancia con la recomendación general 24 del Comité y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. El Comité insta al Estado Parte a que proporcione a las mujeres acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos en condiciones de riesgo.”** ONU. Comitê CEDAW, 2007, Brasil, Doc CEDAW/C/BRA/CO/6, par.29-30.

<sup>49</sup> “El Comité toma nota de la expansión actual de los servicios de salud del país y de que el Estado parte ha puesto en práctica una serie de medidas encaminadas a reducir la tasa de mortalidad materna, como el programa *Rede Cegonha* (red cigüeña) (2011). Sin embargo, le preocupa que este programa pueda no ser suficiente para atender todas las causas de mortalidad materna, ya que simplemente se centra en servicios de atención a embarazadas. **Lamenta que las mujeres que se someten a abortos ilegales sigan siendo objeto de sanciones penales en el Estado parte y que el goce por las mujeres de la salud sexual y reproductiva y los derechos en ese ámbito corra peligro a causa de una serie de proyectos de ley que se están examinando en el Congreso Nacional, como la Ley N° 478/2008 (Estatuto do Nascituro).** El Comité también está preocupado por la feminización de la epidemia del VIH/SIDA.

**El Comité insta al Estado parte a que (...b) Acelere la revisión de la legislación que penaliza el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a las mujeres, según lo recomendado anteriormente por el Comité (CEDAW/C/BRA/CO/6, párr. 3); y colabore con todos los interlocutores pertinentes para discutir y analizar el impacto del Estatuto do Nascituro que restringe aún más los limitados motivos actuales para la realización de abortos legales, antes de ser aprobada por el Congreso Nacional”.** ONU. Comitê CEDAW, 2012, Brasil, Doc CEDAW/C/BRA/CO/7, par.29-28.

<sup>50</sup> “El Comité pide al Estado Parte que ponga en práctica medidas legislativas y de otra índole, incluso que revise su actual legislación, para proteger a la mujer de los efectos del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo y velar por que la mujer no recurra a prácticas tan perjudiciales. El Comité pide al Estado Parte que, en su próximo informe periódico, proporcione información detallada, basada en datos comparados, sobre la mortalidad materna y el aborto en el Brasil. El Comité pide al Estado Parte que **revoque todas las disposiciones discriminatorias que figuran en el Código Penal**, en particular el artículo 215.” ONU. Comitê DESC, 2003, Brasil, Doc E/C.12/1/Add.87, par 50-51.

<sup>51</sup> “El Comité toma nota con preocupación de que los abortos clandestinos son una de las principales causas de mortalidad entre las mujeres(art. 12, párrs. 1 y 2 d)). **El Comité reitera la recomendación que formuló en sus observaciones finales sobre el informe inicial del Estado parte, a saber, el Comité pide al Estado parte que ponga en práctica medidas legislativas y de otra índole, incluso que revise su actual legislación, para proteger a la mujer de los efectos del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo y vele por que la mujer no recurra a prácticas tan perjudiciales.** El Comité pide al Estado parte que en su próximo informe periódico suministre información detallada, basada en datos comparativos, sobre la mortalidad materna y el aborto en el Brasil.”ONU. Comitê DESC, 2007, Brasil, Doc E/C.12/BRA/CO/2, par.29.





complementam e traduzem como a prática nacional se aproxima da uma efetividade da Convenção<sup>52</sup>.

### 3. À GUIZA DE UMA SÍNTESE DE NOSSAS CONTRIBUIÇÕES

- i.* Os direitos fundamentais, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado à revelia das próprias envolvidas. Isto é, sem que nós mulheres articulemos e fundamentemos os aspectos considerados relevantes para o tratamento que a nós será dispensado. Daí o porquê de estarmos aqui, enquanto *amici curiae*.
- ii.* Qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (neste caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal.
- iii.* O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.
- iv.* Nos marcos de um Estado (Laico) Democrático de Direito, em que está garantida a liberdade, como direito à autodeterminação, a criminalização do aborto, tal como hoje prevista no Código de 1940, não foi recepcionada pela Constituição de 1988.
- v.* As garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las.

---

<sup>52</sup> LEÃO, Ingrid Viana. Políticas Públicas e Garantias de Direitos Humanos: campo para a efetivação das recomendações da ONU ao Brasil sobre execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais. São Paulo, 2016. 173 p. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito da USP; LEÃO, Ingrid V. A educação brasileira na ONU: temas e debates nos relatórios do Brasil ao Comitê CEDAW. In: CARREIRA, Denise *et alli*. Gênero e Educação: fortalecendo uma agenda para as políticas educacionais. São Paulo: Ação Educativa, CLADEM, Ecos, Gelédes e Fundação Carlos Chagas, 2016, p.182-2012.

- vi.** A conciliação entre a liberdade religiosa e o Estado laico significa que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.
- vii.** Não é juridicamente possível que num Estado laico uma lei tenha como conteúdo uma concepção moral e religiosa. Muito menos é possível obrigar alguém a obedecer a uma lei que parta daí.
- viii.** As leis não podem ser veículos para realizar desejos de imposição de condutas morais e religiosas responsáveis pela morte de milhares de mulheres negras e pobres que, sem alternativa, submetem-se a abortos clandestinos em nosso país.
- ix.** O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas. A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.
- x.** A legislação penal tem por fim tutelar subsidiária e fragmentariamente bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.
- xi.** O STF já tem decisões sobre os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro (RE 466.343) e já decidiu sobre os direitos humanos das mulheres (ADC 19), o que favorece uma interpretação que reafirme no Brasil as Recomendações Gerais da ONU sobre saúde sexual e reprodutiva, como parte do rol de validação do artigo 124 e 126 do Código Penal.
- xii.** O Judiciário também tem poder para implementar as Recomendações da ONU ao Brasil sobre descriminalização do aborto, e se apresenta como o âmbito mais adequado de modificação da legislação contra as mulheres tendo em vista de um lado a omissão do Legislativo no controle de convencionalidade e de outro a ação do Legislativo em esvaziar o conteúdo dos direitos sexuais e reprodutivos com projetos que atacam até a previsão atual sobre aborto legal.
- xiii.** Os direitos sexuais e reprodutivos integram os direitos humanos das mulheres, integram a dignidade das mulheres. O direito ao aborto faz parte de uma visão contemporânea de direitos, com a qual o Brasil também está comprometido. Nessa perspectiva, a prevenção de abortamentos só encontra o direito à informação em saúde sexual e reprodutiva como um caminho a ser assumido pelo Brasil na prática.



- xiv.* O olhar sobre os direitos humanos gerais são insuficientes para uma leitura das experiências das mulheres. Por isso, A ADPF, ao tratar do aborto, impõem uma interpretação integrada entre o sistema regional (Pacto de San José da Costa Rica, Protocolo de San Salvador) e o sistema global de proteção dos direitos humanos (Convenção CEDAW, Convenção PIDESC). Esses sistemas se complementam e são subsidiários ao sistema interno.
- xv.* As decisões do STF sobre abortamento (ADPF 54 e HC 124.306) honram as obrigações internacionais do Brasil até o momento e alinham a Corte Constitucional brasileira à efetivação do acesso à justiça de gênero. Oxalá permita assim permaneça.

Eis as contribuições que intentamos trazer a este Supremo Tribunal Brasileiro.

Nestes termos, reiteramos pedido de admissão e pedimos deferimento para a juntada das presentes razões.

**Brasília, 28 de setembro de 2017.**

**Dra. Soraia da Rosa Mendes**  
**OABRS 41.618**