

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N° 442

AMICUS CURIAE



**CONSÓRCIO
LATINO-AMERICANO
CONTRA O
ABORTO
INSEGURO**

Setembro/2017



EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOUTORA ROSA WEBER, RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N° 442

Amicus Curiae na ADPF 442

O **Consórcio Latino-Americano contra o Aborto Inseguro (CLACAI)**, articulação de organizações latino-americanas, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por sua advogada (procuração em anexo), requerer sua admissão nos autos do processo em referência na qualidade de *amicus curiae*.

A admissibilidade do presente requerimento respalda-se no artigo 6º, § 2º, da Lei nº 9.882 de 1999 c/c o § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868 de 1999, que dispõem, respectivamente, sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e sobre o trâmite da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevendo de maneira inequívoca a possibilidade de que entidades da sociedade civil participem nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, nos seguintes termos:

Lei nº 9.868 de 1999

Art. 7º (...)

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Lei nº 9.882 de 1999

Art. 6º (...)

§ 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, o *amicus curiae* constitui fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional. A manifestação qualificada



de entidades da sociedade civil com experiências diversas, inclusive no contexto internacional, e sua ampla atuação prática nos mais diversos aspectos da realidade brasileira, perante o Supremo Tribunal Federal, serve justamente para esse propósito de pluralizar e legitimar o debate, democratizando o controle concentrado de constitucionalidade.¹

Da representatividade da postulante

O Consórcio Latinoamericano Contra o Aborto Inseguro (CLACAI) é uma articulação criada em 2005, integrada por pesquisadores e prestadores de serviços de saúde, dentre outros profissionais e ativistas, que tem como objetivo central a diminuição do aborto inseguro na América Latina, como forma de promover a saúde pública e viabilizar o pleno exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Tal objetivo é buscado por meio de espaços de intercâmbio, que visam contribuir para a promoção, defesa, informação, investigação e desenvolvimento de serviços de atenção integral do aborto seguro, de modo a permitir o acesso a tecnologias eficazes e seguras que diminuam dos riscos nos procedimentos.²

O CLACAI é integrado por instituições e integrantes individuais de diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, que costumam se reunir nas conferências realizadas pela articulação. Neste país, integram o CLACAI instituições como a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (Fhemig), a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), o Hospital Pérola Byington – Centro de Referência da Saúde da Mulher, a Comissão de Cidadania e Reprodução (CCR), o Grupo Curumim e a Anis - Instituto de Bioética.³

Faz parte da estrutura do CLACAI também uma Rede Jurídica, que é a articulação de diferentes advogados e advogadas da América Latina e do Caribe com especialidade em direitos reprodutivos. Por meio da Rede Jurídica, aporta-se aos objetivos do CLACAI, concretamente à geração de espaços de intercâmbio para contribuir em ações de promoção, defesa, informação, investigação e desenvolvimento de serviços de atenção integral ao aborto seguro, assim como para

¹ ADI 2130-3/SC: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI nº 9.868/99 (Art. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20.12.2000, DJ de 02/02/2001 P - 00145.

² Nosotros - Clacai: Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro. Disponível em: <<http://clacai.org/nosotros/>>. Acesso em 28 set. 2017.

³ Países Integrantes - Clacai: Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro. Disponível em: <<http://clacai.org/paises-integrantes/>>. Acesso em 28 set. 2017.



fortalecer ações orientadas à diminuição do aborto inseguro desde o ponto de vista da saúde pública e do exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos.

Com o objetivo de promover a informação sobre o aborto seguro, a articulação já publicou diversos documentos sobre o aborto na América Latina, como o *Guía de incidencia para la promoción y defensa del derecho al aborto legal y seguro en Latinoamérica y el Caribe*⁴, que reúne argumentos jurídicos utilizados pelo direito internacional, regional e nacional, visando orientar reformas sobre a regulação do aborto; o documento *Entre la indolencia y el sesgo: el derecho de las mujeres a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva*⁵, no qual se defende o direito das mulheres de terem acesso a medicamentos que permitam um aborto seguro, como forma de respeitar seus direitos fundamentais; e o relatório *Mifepristona y misoprostol en seis países de América Latina*⁶, em que trata dos processos de registro e disponibilidade dos referidos remédios, essenciais para a realização do aborto legal e seguro, em alguns países da América Latina, incluindo o Brasil.

Sendo assim, o CLACAI se revela uma rede latinoamericana de peso na defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, pois possibilita uma ampla troca de informações entre os diferentes países da região acerca de experiências, estratégias e tecnologias relativas ao aborto seguro. Dado nosso conhecimento do tema dos direitos reprodutivos, e com base na legislação vigente acima transcrita, solicitamos, respeitosamente, ser aceitas como *amicus curiae* do caso, e por consequência, que os argumentos expostos no presente documento sejam considerados dentro do debate de transcendência constitucional e importância pública sobre a matéria objeto da presente lide.

Do impacto e incompatibilidade da criminalização das mulheres que decidem pela interrupção voluntária da gravidez com o princípio da subsidiariedade da Lei Penal

A criminalização da interrupção voluntária da gravidez tem impactos nefastos para a saúde pública. Uma pesquisa nacional foi realizada pelo Instituto Anis e a Universidade de Brasília: entrevistaram 2.002 mulheres com idade entre 18 e 39 anos vivendo em capitais estaduais e municípios de mais de 5.000 habitantes sobre a magnitude do aborto no país. A pesquisa revelou que, até os 40 anos, 1 em cada 5 mulheres brasileiras já teria feito um aborto. Foram 503 mil mulheres a realizar o procedimento em 2015.⁷

⁴ CABRERA, Oscar; REINGOLD, Rebecca; BARAJAS, María José. Guía de incidencia para la promoción y defensa del derecho al aborto legal y seguro en Latinoamérica y el Caribe. 2016. Disponível em <http://138.219.40.12:8080/xmlui/handle/123456789/821>. [Acesso em 28 de setembro de 2017].

⁵ MICHEL, Agustina Ramón; NAVARRETE, Sonia Ariza. Entre la indolencia y el sesgo: el derecho de las mujeres a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva - Clacai: Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro. Disponível em: <http://clacai.org/portfolio-item/la-indolencia-sesgo-derecho-las-mujeres-beneficiarse-los-avances-cientificos-materia-reproductiva/>. [Acesso em 28 de setembro de 2017].

⁶ ZURBRIGGEN, Ruth; ROMERO, Mariana. Mifepristona y misoprostol en seis países de América Latina: procesos de registro y disponibilidad. 2017. Disponível em: <http://clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/821>. [Acesso em 28 de setembro de 2017].

⁷ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 29 ago. 2017



Tal como acontece com outras deficiências de saúde pública, são as mulheres pobres, negras e jovens, vivendo em áreas rurais e subúrbios, que mais sofrem com o ônus das leis penais que criminalizam a prática do aborto. As mulheres pobres muitas vezes têm que enfrentar riscos para sua saúde e o medo de serem investigadas e processadas, que também tem impacto significativo na sua saúde mental. Os abortos clandestinos e inseguros são uma realidade infeliz no Brasil, que afeta desproporcionalmente as mulheres pobres. Todos os anos, as complicações decorrentes de abortos inseguros representam 250 mil visitas de emergência e o aborto inseguro está entre as cinco causas principais de mortalidade materna evitável no Brasil.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, baseado na principiologia do Estado Penal Mínimo e da *ultima ratio*, a criminalização só se justifica quando não há outros meios alternativos para o enfrentamento do problema social no âmbito jurídico.

O problema da interrupção voluntária da gravidez deve ser enfrentado fora do Sistema Penal – de maneira mais eficaz e não danosa – sem que as mulheres tenham que correr os riscos do aborto inseguro, mediante políticas públicas de promoção da saúde das mulheres, especialmente no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, pela i) efetividade de programas eficientes de planejamento familiar; ii) educação formal, bem como informal; iii) capacitação de profissionais para promover o acolhimento das mulheres; iv) manutenção de estruturas sanitárias preparadas para garantir os direitos à saúde física e psicológica; v) manutenção de sistemas de acolhimento e orientação; e ainda mediante políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e o afastamento da ideologia patriarcal, pelo aumento do poder das mulheres na tomada de decisões sobre sua sexualidade e reprodução, na maternidade, na garantia de informação sobre a sexualidade e o uso dos meios de anticoncepção, bem como pelo acesso pleno aos meios anticonceptivos.

O Direito Internacional Direitos Humanos devidamente incorporado ao sistema constitucional brasileiro, exige, antes da criminalização, a adoção de medidas protetoras que – de forma mais eficaz e não danosa – são mais adequadas para o tratamento da matéria em questão. Nesse sentido, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, além de outros documentos internacionais, estabelecem que os Estados devem proteger o direito à vida, à saúde e à igualdade e não discriminação das mulheres e adolescentes e investir na adoção e promoção de políticas públicas de saúde que tratem do planejamento familiar com o objetivo de evitar a gravidez não desejada e, conseqüentemente, o aborto inseguro, tema que não se deve abordar no marco das políticas públicas repressivas. Os documentos finais das Conferências do Cairo e de Beijing, respectivamente, o Programa de Ação do Cairo e a Plataforma de Ação de Beijing, são a expressão do consenso internacional sobre as diretrizes a serem observadas pelos governos para programas e políticas públicas na área da saúde sexual e reprodutiva.⁸ O governo brasileiro participou nestes processos e assumiu a obrigação de tomar as medidas apropriadas para assegurar, proteger e garantir a

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017



realização dos direitos humanos aplicados ao contexto da saúde sexual e reprodutiva em seu território.

Definitivamente, a opção pela adoção de lei penal que criminaliza as mulheres pela interrupção voluntária da gravidez sem que antes se garantam todas as medidas protetivas de direitos humanos e preventivas de danos a saúde física e mental, e impacto na saúde pública acima enumeradas, constitui flagrante violação do princípio de subsidiariedade e uma afronta direta à principiologia da intervenção mínima, que constitui uma das bases fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É importante ainda apontar que o Artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 determina que os direitos e garantias expressos na Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte** (Grifos nossos), o que reforça a importância de revisão do cenário internacional e precedentes ao qual o Brasil se vincula.

Precedentes da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal do Brasil

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem proporcionado precedentes importantes no reconhecimento e garantia dos direitos reprodutivos das mulheres e a pacificação do entendimento sobre a proteção jurídica gradual da vida humana em desenvolvimento. Em 29 de maio de 2008, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) e declarou a constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias.⁹ De igual modo, em 12 de abril de 2012, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) declarando a constitucionalidade da interrupção da gravidez por causas terapêuticas para os casos de fetos com anencefalia.¹⁰

O entendimento prevalecente do Supremo Tribunal Federal brasileiro é que o direito à vida tem uma dimensão biográfica, e não apenas biológica, determinando que a proteção jurídica da vida humana em potencial é gradual, como se pode depreender dos parágrafos seguintes que discorrem sobre a interpretação do STF e os precedentes estabelecidos:¹¹

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI Nº 3510

⁹ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. www.stf.jus.br. Data da decisão: 29/05/2008. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#86%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20improcedente>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012. Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>> [Acesso em 16 de julho de 2017].

¹¹ Ver SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição in: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007..



Estândares sobre direito à vida e sua dimensão biográfica além da dimensão biológica¹²

Na ADI 3510, os ministros do STF concluíram que a Constituição brasileira não garante ao embrião humano que se mantém no laboratório a mesma inviolabilidade da vida e da dignidade das pessoas nascidas, de modo que **a investigação com células-tronco embrionárias não implica a vulneração do direito à vida.**

Em primeiro lugar, o Relator do acórdão da ADI 3510 afirmou que não há consenso científico ou filosófico a respeito da determinação do momento em que inicia a vida, pelo que concluiu que o direito protege de forma variada cada uma das diferentes etapas do desenvolvimento biológico do ser humano.¹³

Assim, o STF interpretou o alcance da proteção jurídica do direito à vida estabelecido na Constituição brasileira e afirmou que a proteção do direito à vida começa com o nascimento com vida, que é o momento no qual os humanos tornam-se titulares de diversos direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à autonomia, à igualdade, à segurança, entre outros direitos estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira.¹⁴

E isso porque, segundo o Relator da ADI 3510, não há correspondência entre a vida humana e a pessoa humana, pois o embrião **não pode ser enquadrado na categoria de pessoa** com titularidade de direitos fundamentais, como o direito à vida, que pertencem somente às pessoas vivas e nascidas, dado que o conceito de vida humana está revestido de uma dimensão biográfica além da dimensão meramente biológica.¹⁵

Assim, sob o estândar desenvolvido pela decisão do STF, **não existe** uma correspondência entre a vida humana e a pessoa humana, razão pela qual o embrião e o feto não se podem classificar como uma pessoa sujeita de direitos.

¹² Ver BARROSO L.R. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, in: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹³ Voto do Relator da ADI 3510, Ministro Carlos Britto, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, www.stf.jus.br. Data da decisão: 29/05/2008, parágrafo 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;"

O Código Civil de 2002 dispõe que: "Art 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

¹⁵ O conceito de vida se recobre de uma dimensão biográfica mais que simplesmente biológica, que se materializa em um sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio, a partir do nascimento com vida. Ver: Ministro Relator Carlos Ayres Brito em seu voto sobre o artigo 5º da Lei de Biossegurança, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. www.stf.jus.br. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].



Como já se destacou anteriormente, o STF determinou que é a partir do nascimento com vida que a Constituição reconhece a existência de uma pessoa sujeita de direitos.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF N° 54

No ano de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) promoveu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) contra a constitucionalidade da aplicação da norma penal que criminaliza o aborto para os casos de anencefalia.

A *litis* da ADPF 54 pretendia solicitar a interpretação, em conformidade com a Constituição, dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei Nº 2.848/40) que impedia a interrupção da gravidez por razões terapêuticas, especificamente, no caso, a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por um profissional qualificado. O sentido da interpretação pretendida era o reconhecimento do direito das mulheres grávidas de submeter-se ao procedimento citado sem a obrigação de solicitar e/ou apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

O pedido foi feito em virtude de que a anencefalia é uma anomalia fetal incompatível com a vida fora do útero que conduz a uma situação de alto risco durante a gravidez, e a interrupção da gravidez é a única indicação – terapêutica – medicamente eficaz às mulheres, já que não há possibilidade de reverter a inviabilidade do feto.

Como antecedente da ADPF 54, a jurisprudência do STF do Brasil segue a interpretação majoritária dos tribunais constitucionais de outros países, os quais adotaram o juízo de ponderação para resolver aquelas situações de insegurança jurídica que geram um possível conflito entre os direitos reprodutivos das mulheres e a expectativa do direito à vida potencial dos embriões. Em algumas legislações, o critério de viabilidade da vida extrauterina para os embriões tem sido adotado para outorgar o direito à interrupção da gravidez às mulheres, como nos Estados Unidos.

Neste sentido, em uma demanda prévia promovida perante o STF,¹⁶ sobre o tema dos fetos com anencefalia, o Ministro Joaquim Barbosa manifestou sua opinião no sentido de entender que embora o feto anencefálico está biologicamente vivo é juridicamente morto e não goza da proteção jurídica, pelo que concluiu que a interrupção da gravidez nessas circunstâncias não constitui um crime contra a vida, pois se trata de uma conduta atípica.

Do mérito

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ.



O Ministro Relator do acórdão da ADPF 54, Marco Aurelio, afirmou que a interrupção da gravidez de feto anencefálico é coerente com a Constituição, especialmente nos preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade humana, o direito à vida e à proteção da autonomia, à liberdade, à privacidade e à saúde das pessoas.¹⁷

Também afirmou que o direito à liberdade religiosa e a existência de um Estado laico¹⁸ implica que as religiões não devem guiar o tratamento que o Estado outorgue aos direitos fundamentais, tais como o direito à livre determinação, o direito à saúde física e mental, o direito à intimidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à orientação sexual e o direito à liberdade reprodutiva.¹⁹ E a respeito reconheceu que:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.²⁰

Finalmente, em 12 de abril de 2012, o STF emitiu uma decisão na ADPF 54, em que, por votação majoritária (dois votos contrários), declarou a inconstitucionalidade da interpretação jurídica segundo a qual as disposições do Código Penal (artigos 124, 126, caput, 128, I e II) em relação ao aborto²¹ são aplicáveis aos casos de anencefalia, pois considerou que ante estes é procedente a

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Relator Marco Aurelio. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012, página 67. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Relator Marco Aurelio. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012, página 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

²⁰ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012, página 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> [Acesso em: 19 de setembro de 2012].

²¹ Código Penal, Decreto-Lei Nº 2.848/40, que estabelece:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.



interrupção da gravidez por causas terapêuticas em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição), o princípio de legalidade, os direitos à liberdade e à autonomia das pessoas (artigo 5º, inciso II da Constituição) e o direito à saúde das pessoas (artigos 6º e 196 da Constituição).²² A decisão também reconheceu o direito da mulher a ter acesso a este procedimento de saúde sem prévia autorização judicial ou permissão específica.²³

O STF fez uma referência expressa ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que proteger a vida pré-natal seria, no caso de um feto anencefálico, impor às mulheres um sacrifício não razoável. A imposição estatal de desenvolvimento da gravidez cujo resultado final seria a irreparável morte fetal é contrária aos princípios fundamentais do sistema constitucional e, concretamente, aos direitos à livre determinação, à saúde, à privacidade e ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.²⁴

Estândares internacionais sobre a proteção da vida pré-natal e dos direitos reprodutivos das mulheres

O sistema internacional de proteção de direitos humanos – de âmbitos regionais e universal – tem estabelecido estândares relevantes relacionados à proteção da vida pré-natal e aos direitos humanos e direitos reprodutivos das mulheres.

No âmbito do sistema regional interamericano, da Organização do Estados Americanos (OEA), apresentamos a seguir os principais fundamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte Interamericana ou Corte IDH) no caso *Artavia Murillo e Outros* (“Fecundação *in vitro*”) vs. *Costa Rica*,²⁵ sobre a interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana).

No caso em questão, um conjunto de pessoas e casais que se consideraram afetados pela proibição total à utilização de técnicas de fecundação *in vitro* (doravante FIV) vigente na Costa Rica desde o ano 2000, ingressou – em janeiro de 2001 – com petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) para que reconhecesse a violação de seus direitos humanos. Após longo trâmite na CIDH, com a aprovação do relatório de mérito em julho de 2010, e não havendo o cumprimento das recomendações da CIDH pelo Estado da Costa Rica nos prazos estipulados, o caso foi então encaminhado e submetido ao processo de análise e julgamento da Corte Interamericana.

²² Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. www.stf.jus.br. Data da decisão: 12/04/2012. Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>> [Acesso em 16 de julho de 2017].

²³ Ver FERNANDES Maíra, Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional, in SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, página 126.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Data da decisão: 12/04/2012. Voto do Relator, página 78. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> [Acesso em: 27 de maio de 2013].

²⁵ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo e Outros* (“Fecundação *in vitro*”) vs. *Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Serie C No 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf> [Acesso em: 8 de julho de 2017].



Em sua decisão, de 28 de novembro de 2012, a Corte IDH estabeleceu que a proibição da FIV vulnerava os direitos à integridade física, psíquica e moral, à liberdade pessoal, à vida privada e familiar, e a contrair matrimônio e fundar uma família, em prejuízo dos demandantes. Também, por ocasião deste caso, a Corte Interamericana estabeleceu a interpretação com autoridade do artigo 4.1 da Convenção Americana, uma vez que a violação deste artigo foi o principal argumento da Corte Constitucional da Costa Rica para proibir a FIV.

Com efeito, a Corte Interamericana determinou que “o embrião não pode ser entendido como pessoa”²⁶ para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana, e que:

é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.²⁷

A Corte Interamericana analisou a disposição desde diversos ângulos para concluir, igualmente a outros Tribunais nacionais e internacionais,²⁸ que a proteção da vida pré-natal não pode implicar a negação total de outros direitos.²⁹ Enfatiza que toda tentativa de proteger referido interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente das mulheres.³⁰

Adicionalmente, a Corte Interamericana realizou um exercício de interpretação sistemática a partir da revisão das disposições que protegem o direito à vida em todos os tratados de direitos humanos, incluindo a Convenção Americana. Em relação com este instrumento, começou por fazer uma interpretação originária, remetendo-se aos trabalhos preparatórios para a aprovação da Convenção Americana, de onde surge claramente que a expressão “em geral” se incorporou como reconhecimento à autonomia dos Estados que permitiam o aborto em certos eventos.³¹ A Corte IDH reconhece, ademais, que o objeto direto de proteção do art. 4.1 Convenção Americana é a mulher grávida.

Esta conclusão tem um antecedente no caso *Baby Boy vs. EUA*,³² abordado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no qual o demandante alegava que os Estados

²⁶ Ibidem, par. 256 (voto da maioria).

²⁷ Ibidem, par. 264 (voto da maioria).

²⁸ Ver: Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-355/06; Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, sentencia de 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; Corte Suprema de Justicia Argentina F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva de 13/03/12; Corte Constitucional Boliviana, sentencia constitucional Plurinacional 0206/2014.

²⁹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Serie C No 257, par. 258. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf> [Acesso em: 8 de julho de 2017].

³⁰ Ibidem, par. 260.

³¹ Ibidem, par. 220.

³² CIDH, Caso 2141. Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Resolución 23/81, 6 de marzo de 1981. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> [Acesso em: 8 de julho de 2017].



Unidos da América tinham violado o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, ao permitir o aborto em um caso particular. A CIDH considerou que a cláusula “em geral” havia sido incluída justamente para subsanar os conflitos que se pudessem dar entre a obrigação dos Estados de proteger a expectativa de vida do produto da concepção e as circunstâncias em que os países consideraram lícita a interrupção da gravidez, como forma de proteger e garantir os direitos das mulheres. Neste sentido, a CIDH considerou que a proteção da vida desde a concepção não é absoluta, porque do contrário não seria necessário incluir a frase “em geral”.³³

Continuando com sua análise, a Corte Interamericana indicou que nem a Declaração Universal de Direitos Humanos nem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tratam o não nascido como pessoa, nem lhe outorgam o mesmo nível de proteção que às pessoas nascidas,³⁴ e que nem da Convenção dos Direitos da Criança, nem de nenhuma observação de seu Comitê se pode deduzir a existência de um direito à vida pré-natal.³⁵

Citando a Corte Constitucional colombiana, em sua sentença C-355/06, a Corte Interamericana estabeleceu que o legislador nacional não pode considerar a vida como um valor absoluto, vulnerando direitos e interesses em jogo; e, referindo-se à Corte Suprema de Justiça argentina, recordou que a interpretação adequada dos instrumentos internacionais de direitos humanos, tanto do sistema regional como universal, não supõe de nenhuma maneira uma obrigação de proteção absoluta da vida do embrião em gestação.³⁶

A Corte Interamericana estabeleceu que o sujeito de proteção do artigo 4.1. da Convenção Americana é a mulher grávida, entendendo que a melhor forma de garantir os direitos humanos é a realização de um juízo de ponderação de direitos que reconheça o valor incremental da vida em gestação mas que respeite e proteja os direitos humanos das mulheres, especialmente seus direitos sexuais e reprodutivos.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em análise de um caso individual ocorrido na Nicarágua, concluiu que a vida pré-natal ou embrionária não tem uma proteção absoluta sob a Convenção Americana. Em 2010, a CIDH concedeu medidas cautelares no caso de Amelia, uma mulher grávida na Nicarágua que sofria de câncer e requeria o acesso ao tratamento de quimioterapia. Diante da negativa das autoridades públicas de saúde do país em autorizar a realização de aborto terapêutico para que o tratamento de câncer pudesse ser realizado para salvar a vida da mulher, a CIDH ordenou ao Estado que tomasse medidas urgentes para proteger sua vida e sua saúde, garantindo o acesso ao tratamento médico.³⁷

³³ Ibidem, parágrafo 25 dos Considerandos.

³⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Serie C No 257, par. 224 e 225. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf> [Acesso em: 8 de julho de 2017].

³⁵ Ibidem, par. 232 e 233.

³⁶ Ibidem, par. 262.

³⁷ CIDH. Medidas cautelares. MC 43-10 “Amelia”, Nicaragua. (26 de febrero de 2010). Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp#MC4310AmeliaNicaragua>> [Acesso em 8 de julho de 2017]



Igualmente, a Corte Interamericana, em 2013, concedeu medidas provisionais no caso de B., uma mulher de El Salvador que sofria de lupus e teve negado o pedido de um tratamento para salvar sua vida, porque este afetava a gravidez.³⁸ Neste caso, a CIDH concedeu medidas cautelares, e a Corte Interamericana respaldou essa decisão, através da concessão de medidas provisionais para salvar a vida e integridade dessa mulher.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará),³⁹ estabelece que:

Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a. direito a que se respeite sua vida; (...).⁴⁰

Neste sentido, os órgãos de direitos humanos, como o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas declararam que a mortalidade materna evitável constitui uma violação do direito à vida das mulheres. Relevante destacar, entre outros, os pronunciamentos de órgãos de monitoramento e supervisão dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a proteção incondicional da vida em gestação pelo ordenamento jurídico dos estados, que pode gerar limitações ou barreiras para o exercício e desfrute dos direitos humanos das mulheres, de forma contrária ao que estabelecem os tratados internacionais de direitos humanos.⁴¹

Jurisprudência comparada na América Latina

Na jurisprudência recente da América Latina existem decisões relevantes para subsidiar o exame e análise do caso em tela pelo STF, em relação à proteção da vida pré-natal, em consonância com os padrões internacionais de direitos humanos, como exposto a seguir.

Argentina

³⁸ Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf> [Acesso em 8 de julho de 2017].

³⁹ Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, foi ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995.

⁴⁰ Cfr. Artigo 4, a., da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher —Convenção de Belém do Pará...

⁴¹ A respeito ver: European Court of Human Rights, Case of Tysiac vs. Poland. Application N° 5410/03. Judgment of 20 March 2007, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79812>>; European Court of Human Rights, Case of A, B and C vs. Ireland. Application N° 25579/05, Judgment of 16 December 2010, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332>>; Comité de Derechos Humanos, L.M.R. vs. Argentina. Dictamen. Comunicación N° 1608/2007, 101° período de sesiones, 28 de abril de 2011, [CCPR/C/101/D/1608/2007], disponível em <<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Jurisprudencia/Argentina/DictamenLMR-CIDH.pdf>>; European Court of Human Rights, Case of Vo vs. France. Application N° 53924/00, Judgment of 8 July 2004, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>> [Acessos em: 21 de julho de 2017].



Em 13 de março de 2012, através da sentença “F., A. L.”,⁴² a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina decidiu, por unanimidade, incluir o estupro de mulheres nas hipóteses legais que não penalizam o aborto, ampliando a interpretação da norma legal vigente. A Corte argentina sustenta que não há uma obrigação – nem constitucional, nem derivada do sistema internacional de direitos humanos – de proteger de maneira absoluta a vida em gestação. Também, em caso de existir reconhecimento de direitos do *nasciturus* (por exemplo, através do reconhecimento da personalidade jurídica), isto não implicaria a necessidade de proibir condutas,⁴³ oferecendo motivos que respaldam a sua proteção jurídica de forma a não restringir direitos humanos das mulheres que decidem interromper a gestação após sofrerem violência sexual.

Neste caso, o Máximo Tribunal da Argentina teve a oportunidade de referir-se à interpretação, amplitude e compatibilidade constitucional das hipóteses de aborto não punível existentes no código penal argentino, estabelecidas no art. 86, segundo parágrafo, desde 1922.⁴⁴ Nesta decisão, a Máxima Corte argentina estabelece qual é o nível de proteção que tem a vida intrauterina no direito argentino.

O Máximo Tribunal reconheceu seu papel institucional e a importância que tem a situação trazida à análise no caso, afirmando que:

a omissão de sua consideração pode comprometer a responsabilidade do Estado Argentino diante da ordem jurídica supranacional, ainda mais quando se tem em conta que vários organismos internacionais se pronunciaram censurando, em casos análogos, a interpretação restritiva do acesso ao aborto não punível por parte de outras instâncias judiciais (cfr. Observações Finais do Comitê de Direitos Humanos e Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 de 22/03/2010 e CRC/C/ARG/CO/3-4, de 21/06/2010, respectivamente).⁴⁵

⁴² CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, disponível em <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-eupmocsollaf>> [Acesso em: 22 de julho de 2017]. O processo judicial se origina por que F., A.L., em representação de A.G., sua filha de 15 anos de idade, em 14 de janeiro de 2010, solicitou à justiça penal da Província de Chubut — ante cujos tribunais se instruiu uma causa contra O.C., esposo daquela, por estupro de A.G. — que se dispusesse a interrupção da gravidez da menina adolescente mencionada, com base no previsto no artigo 86, incisos 1º e 2º, do Código Penal. Ante a negativa da primeira e da segunda instância provincial, dita-se sentença pelo Superior Tribunal da Província, confirmando a licitude da prática abortiva neste caso e, em que pese não fosse necessário, autorizando sua realização. Não obstante, em representação do *nasciturus*, o Assessor Geral Sub-rogante da Província de Chubut, em seu caráter de Tutor Ad-Litem e Assessor de Família e Incapazes, apresentou um recurso extraordinário que motivou a decisão do máximo tribunal da Argentina. Seus argumentos foram que a interpretação que do artigo 86, inciso 2º, do Código Penal efetuou o “a quo”, ao não se haver restringido à procedência desta autorização ao caso da vítima estuprada deficiente ou demente, desconheceu-se o plexo constitucional-convencional segundo o qual o Estado Argentino protege a vida a partir da concepção.

⁴³ CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 9º.

⁴⁴ Código Penal Argentino. Art. 86, segundo parágrafo: O aborto praticado por um médico diplomado com o consentimento da mulher grávida, não é punível: 1º Caso se tenha feito com o fim de evitar um perigo para a vida ou a saúde da mãe e se este perigo não pode ser evitado por outros meios. 2º Se a gravidez provém de um estupro ou de um atentado ao pudor cometido sobre uma mulher deficiente ou demente. Neste caso, o consentimento de seu representante legal deverá ser requerido para o aborto.

⁴⁵ Cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos e Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente. CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 6º.



Dentro deste marco, é conveniente ressaltar que este Tribunal buscou harmonizar a totalidade do marco legal invocado como vulnerado à luz dos pronunciamentos de distintos organismos internacionais, cuja jurisdição o Estado Argentino aceitou através da subscrição dos tratados, pactos e convenções que, desde 1994, integram o ordenamento jurídico constitucional como Lei Suprema da Nação (artigo 75, inciso 22, da Constituição Nacional).⁴⁶ Neste exercício, o Alto Tribunal da Argentina demonstrou que o direito internacional dos direitos humanos não estabelece uma proteção absoluta do direito à vida desde a concepção⁴⁷ nem é um obstáculo para regimes de despenalização do aborto. Assim mesmo, recordou que também os órgãos internacionais de proteção entenderam válidos os casos em que se permite o aborto, atento à legitimidade para o direito internacional dos direitos humanos da proteção não absoluta da vida intrauterina diante de casos que esta se opõe aos direitos da mulher gestante.

Sobre o suposto dever do Estado de proteger juridicamente a vida intrauterina através da criminalização do aborto

Em relação ao suposto dever do Estado de criminalizar o aborto fundado na obrigação de proteger juridicamente o embrião, o Tribunal analisou cada uma das normas constitucionais e convencionais invocadas pelo recorrente.

Os fragmentos da sentença argentina permitem afirmar que não haveria uma obrigação do Estado de criminalizar o aborto sobre a base da proteção jurídica absoluta do embrião que se derive das normas constitucionais e convencionais.

Sobre a suposta condição de pessoa do embrião

Em relação à suposta condição de pessoa do embrião e sua potencial titularidade do direito à vida, a Corte estabeleceu que os artigos 3º e 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) que consagram, respectivamente, o direito à vida e o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, devem ser analisados em conjunto com o disposto no artigo 1º da DUDH. Esta disposição estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. A Corte argentina explica que “atento aos claros termos em que está formulado este enunciado, **resulta impossível concluir pela aplicabilidade das normas invocadas**”.⁴⁸

Vale dizer que, segundo esta interpretação das disposições da DUDH, a Corte parece estar afirmando que os direitos à vida e à personalidade jurídica consagrados em referido instrumento deveriam ser garantidos aos seres humanos somente a partir de seu nascimento.

⁴⁶ CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerando 7º.

⁴⁷ CSJN Recurso Extraordinario Federal F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Considerandos 10 a 13, especialmente.

⁴⁸ Ibidem, cfr. segundo parágrafo do Considerando 11 (sem grifo no original; tradução livre)



Sobre a suposta proteção “absoluta” do direito à vida do embrião

Sobre a crença referida de que o direito à vida do embrião merece uma proteção “absoluta”, sem que isso admita ponderação alguma, a Corte sustentou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4º, ao expressar que o direito à vida será protegido pela lei e *em geral*, a partir da concepção, “**não quis estabelecer uma proteção absoluta do direito à vida deste** [se refere ao *nasciturus*]”.⁴⁹ Para tanto, remete-se novamente ao caso *Baby Boy* da CIDH e à discussão em torno à redação do artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aos quais já fizemos referência.

Definitivamente, a Corte argentina faz sua interpretação segundo a qual, em caso de se outorgar proteção jurídica ao embrião, esta não é absoluta e, em consequência, é suscetível de ser balanceada com outros direitos e interesses.

Posteriormente, também em 2012, a Corte voltou a insistir na obrigatoriedade das autoridades de oferecer serviços de abortos legais. Em um caso que chegou ao Supremo Tribunal, sobre uma mulher sobrevivente de violência sexual a quem se havia obstaculizado o acesso à interrupção da gravidez, este ordenou suspender a execução da medida cautelar ditada pela justiça nacional, na esfera civil, na causa *Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la Familia s/ acción declarativa*, e dar conhecimento às autoridades da Cidade Autônoma de Buenos Aires, com caráter urgente, que diante do pedido de realizar o aborto não punível de que se trata, deverão proceder à prática prescindindo da resolução judicial que suspendeu sua realização.⁵⁰

Colômbia

O princípio da proporcionalidade e o direito à vida

A Constituição Política da Colômbia consagra no artigo 11 que “O direito à vida é inviolável”. Não obstante, a Corte Constitucional determinou que o direito à vida não é absoluto, que pelo contrário deve harmonizar com outros direitos fundamentais. Em tal sentido, a Corte utilizou o teste de proporcionalidade como ferramenta para determinar em que casos se deve fazer uma interpretação ampla dos direitos.

A Corte Constitucional desenvolveu nos últimos 11 anos uma importante jurisprudência sobre o direito à saúde, criando estândares jurídicos para a promoção e proteção dos direitos das mulheres. Na região da América Latina, os precedentes estabelecidos pela Corte Constitucional colombiana têm sido de grande importância para os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na América Latina. Ao longo das sentenças, a Corte dignifica as mulheres exibindo uma profunda compreensão das situações que vivem. A abordagem da Corte permite fazer uma aplicação contextual das normas de direitos humanos nacionais e internacionais. Ao incorporar uma

⁴⁹ Ibidem, cfr. segundo parágrafo do Considerando 10 (sem grifo no original; tradução livre).

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pro Familia Asociación Civil /c GCBA y Otros /s impugnación de actos”, 10 de octubre de 2012.



perspectiva de gênero, a Corte dá sentido aos direitos humanos em geral, e particularmente ao direito da mulher grávida à sua dignidade.⁵¹

a) Teste de proporcionalidade diante do direito à vida

A Corte Constitucional na Sentença C-355 de 2006 sobre aborto⁵² adotou a interpretação do direito à vida como não sendo um direito absoluto, no ordenamento jurídico colombiano. De tal forma, surge a ponderação do direito à vida em face de outros direitos (juízo de proporcionalidade), entre os quais se incluíram os direitos das mulheres, o direito à dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à saúde e à integridade das pessoas, o bloco de constitucionalidade e os princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

A Corte Constitucional reconhece que o conceito de dignidade humana⁵³ prevalece na ponderação porque envolve a complexidade da pessoa, na qual o aspecto biológico constitui apenas um dos aspectos. Por conseguinte, a dignidade humana constitui-se em um limite à liberdade do legislador em matéria penal, mesmo que se trate de proteger bens jurídicos de relevância constitucional como a vida. Em tal medida, o legislador, ao adotar normas de caráter penal, não pode desconhecer que a mulher é um ser humano plenamente digno e, portanto, deve tratá-la como tal, em lugar de considerá-la e convertê-la em um simples instrumento de reprodução da espécie humana, ou de lhe impor em certos casos, contra sua vontade, servir de ferramenta efetivamente útil para procriar.⁵⁴ Adicionalmente, a Corte Constitucional manteve a ponderação do direito à vida em relação a outros direitos fundamentais das mulheres segundo o ordenamento jurídico colombiano.⁵⁵

b) Alcance do direito à vida à luz dos tratados internacionais

A jurisprudência da Corte Constitucional esta baseada na utilização do bloco de constitucionalidade para complementar a ordem interna com um conjunto de princípios desenvolvidos pelo direito internacional dos direitos humanos, por meio do qual se deve privilegiar a interpretação da norma mais favorável às pessoas titulares desses direitos e que são vítimas de

⁵¹ Ver: UNDURRAGA, Veronica & COOK, Rebecca. Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006. In: WILLIAMS, S.H. ed. *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 246-247.

⁵² A partir da sentença C-355 de 2006, na Colômbia, é permitido o aborto nos seguintes casos: "i) quando a continuação da gravidez constitua perigo para a vida ou a saúde da mulher, certificada por um médico; ii) quando exista grave má-formação do feto que torne inviável sua vida, certificado por um médico; e iii) quando a gravidez seja o resultado de uma conduta, devidamente denunciada, constitutiva de acesso carnal ou ato sexual sem consentimento, abusivo ou de inseminação artificial ou transferência de óvulo não consentidas ou de incesto".

⁵³ A dignidade humana é um princípio constitucional reconhecido na Constituição Política da Colômbia (arts. 2 e 94). É também um direito inominado segundo reiteração jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia juntamente com o direito ao mínimo vital e à segurança pessoal. Para a Corte, estes direitos também gozam de proteção no âmbito do direito internacional dos direitos humanos; são direitos básicos e interdependentes necessários para garantir as mínimas condições de respeito do direito à vida e, como tais, "inerentes à pessoa humana" no sentido do artigo 94 da Constituição. Ver também: BOHÓRQUEZ, Viviana; AGUIRRE, Javier. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos, *Revista Sur*, v. 6, Nº 11, dez. 2009, pp. 41-63.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>> [Acesso em: 20 de julho de 2017].

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, T-585 de 2010.



violações de direitos humanos. A Corte Constitucional debruçou-se sobre a interpretação do direito à vida de acordo com o previsto pelos tratados internacionais de direitos humanos:

“Em conclusão, das distintas disposições do direito internacional dos direitos humanos que fazem parte do bloco de constitucionalidade não se desprende um dever de proteção absoluto e incondicional da vida em gestação, pelo contrário, tanto de sua interpretação literal como sistemática surge a necessidade de ponderar a vida em gestação com outros direitos, princípios e valores reconhecidos na Carta de 1991 e em outros instrumentos do direito internacional dos direitos humanos, ponderação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem privilegiado. Referida ponderação exige identificar e sopesar os direitos em conflito com o dever de proteção da vida, assim como apreciar a importância constitucional do titular de tais direitos, nestes casos, a mulher grávida.”⁵⁶

Com base no anterior, a Corte Constitucional concluiu que “sob nenhuma das possibilidades interpretativas antes resenhadas pode-se chegar a afirmar que o direito à vida do *nasciturus* ou o dever de adotar medidas legislativas por parte do Estado seja de natureza absoluta, como sustentam alguns dos intervenientes. Inclusive, desde a perspectiva literal, a expressão “em geral” utilizada pela Convenção, introduz uma importante qualificação no sentido de que a disposição não protege a vida desde o momento da concepção em um sentido absoluto, porque precisamente o mesmo enunciado normativo contempla a possibilidade de que em certos eventos excepcionais a lei não proteja a vida desde o momento da concepção.”⁵⁷

Desde esta perspectiva, para a Corte Constitucional fica claro que “nenhum dos direitos consagrados na Convenção podem ter um caráter absoluto, por serem todos essenciais à pessoa humana, daí que seja necessário realizar um trabalho de ponderação quando surjam colisões entre eles. A Convenção tampouco pode ser interpretada em um sentido que leve à prelação automática e incondicional de um direito ou de um dever de proteção sobre os restantes direitos por ela consagrados, ou protegidos por outros instrumentos do direito internacional dos direitos humanos, nem de uma maneira tal que se exijam sacrifícios irrazoáveis ou desproporcionais dos direitos de outros, porque desta maneira precisamente desconhecer-se-ia sua finalidade de promover um regime de liberdade individual e de justiça social.”⁵⁸

E com fundamento no anterior, para a Corte Constitucional da Colômbia: “Nessa medida, o artigo 4.1. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não pode ser interpretado no

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>> [Acesso em: 20 de julho de 2017] (tradução livre).

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>> [Acesso em: 20 de julho de 2017] (tradução livre).

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>> [Acesso em: 20 de julho de 2017] (tradução livre).



sentido de dar prevalência absoluta ao dever de proteção da vida do *nasciturus* sobre os restantes direitos, valores e princípios consagrados pela Carta de 1991.”⁵⁹

Por outra parte, a Corte Constitucional estudou o alcance da Convenção sobre os Direitos da Criança (das Nações Unidas), a qual indica em seu Preâmbulo a necessidade de proteção da criança “tanto antes como depois do nascimento”. Não obstante, segundo a interpretação do Tribunal Constitucional colombiano, o artigo 1º de referida Convenção não estabelece claramente que o *nasciturus* seja uma criança e como tal titular dos direitos consagrados no instrumento internacional. Com efeito, o artigo 1º estabelece que: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

Estândares da Corte Constitucional da Colômbia sobre interrupção voluntária da gravidez , direito à saúde e outros direitos humanos

Os estândares jurídicos fixados pela Corte em seus pronunciamentos são, então, interpretações sobre direitos humanos protegidos na região (como a vida, a saúde, a autonomia, entre outros) e, ademais, centram-se na garantia do direito à interrupção da gravidez por motivo de saúde, por risco de vida e quando houvesse violência sexual.

Em maio de 2006, por meio da sentença C-355, a Corte Constitucional da Colômbia concluiu que a norma que penalizava o aborto em qualquer circunstância impunha às mulheres uma carga desproporcional, que implicava em um desconhecimento de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e em tratados internacionais sobre direitos humanos. Em consequência, resolveu que não se incorria em delito de aborto quando, por vontade da mulher, ocorresse um dos seguintes casos: (i) a continuação da gravidez constituísse perigo para a vida ou a saúde da mulher; (ii) existisse grave malformação do feto que tornasse inviável sua vida; e, (iii) a gravidez decorresse de violência sexual.⁶⁰

Posteriormente, a Corte se pronunciou, de 2007 a 2012, em dez (10) ações de tutela⁶¹ apresentadas por mulheres que solicitavam a interrupção voluntária da gravidez (doravante IVG) na medida em que consideravam estarem previstas as hipóteses legais de despenalização. Nestes casos o tribunal identificou distintos obstáculos, interpostos por diferentes entidades de saúde, encaminhados a negar às mulheres o acesso à IVG e protegeu, com base no direito à saúde, e uma ampla gama de direitos fundamentais a favor das mulheres,⁶² como se resume a seguir:⁶³

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>> [Acesso em: 20 de julho de 2017] (tradução livre).

⁶⁰ Ver: GONZÁLEZ, Ana Cristina; BOHÓRQUEZ, Viviana. Estudo de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo, *Revista Sur*, v. 10, Nº 19, dez/2013, p. 205. Disponível em: <<http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-2014514125253312-61250528.pdf>> [Acesso em: 18 de julho de 2017].

⁶¹ Ver: Corte Constitucional de Colombia, sentencias de tutela: T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-363 de 2011, T-841 de 2011 e T-627 de 2012.

⁶² Ver: GONZÁLEZ, Ana Cristina; BOHÓRQUEZ, Viviana. Estudo de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo, *Revista Sur*, v. 10, Nº 19, dez/2013, p. 205. Disponível em:

- **Autodeterminação reprodutiva.** A decisão de praticar-se ou não uma IVG, quando se trate das hipóteses despenalizadas, inclusive nos casos de risco para a saúde integral, recai unicamente sobre a mulher, na medida em que se trata de uma decisão que determina significativamente seu projeto de vida. A decisão de recorrer a uma IVG deve ser tomada só pela mulher, seu a próprio critério.
- **O respeito pelo projeto de vida.** O direito à dignidade das mulheres implica a liberdade de tomar livremente as decisões relacionadas com seu próprio plano de vida, entre elas a autonomia reprodutiva. Igualmente, o direito à dignidade humana lhes garante sua intangibilidade moral, segundo a qual está proibido atribuir-lhe papéis de gênero estigmatizantes, ou infligir-lhe sofrimentos morais deliberados.
- **A saúde como conceito integral.** É dever do Estado permitir que as mulheres pratiquem uma IVG quando se encontre em risco sua saúde, entendida esta desde um ponto de vista integral, que compreende os aspectos físico, mental e social. Deve-se reconhecer que nos casos de estupro a saúde da mulher gestante encontra-se em risco, pelo que nos casos de gravidez resultante de estupro também deverão se levar em conta as regras aplicáveis aos casos de IVG por motivo de saúde.
- **O diagnóstico.** É obrigação do médico realizar um diagnóstico completo da situação de saúde e realizar todos os procedimentos necessários quando se trate de confirmar se configura risco para a saúde da mulher. Em nenhum caso a realização de provas diagnósticas pode se constituir em uma barreira para acessar ao serviço nem gerar uma demora tal que não seja possível obter uma atenção oportuna.
- **A proteção da intimidade em assuntos judiciais e médicos.** A proteção dos direitos das mulheres obriga todos os atores envolvidos em um processo de IVG – incluídos os juízes – a manter sob sigilo a identidade da mulher, bem como a história clínica das mulheres.
- **A informação oportuna às mulheres sobre as condições para ter acesso à IVG.** O Estado deve fornecer às mulheres informação suficiente, ampla e adequada que lhes permita exercer livremente os seus direitos sexuais e reprodutivos. Adicionalmente, deve assegurar mecanismos para que exista informação pública mediante campanhas, assim como educação em aspectos relacionados com os direitos sexuais e reprodutivos.
- **Expressão livre do consentimento em meninas e adolescentes.** O Estado deve assegurar que as adolescentes menores grávidas possam expressar livremente o seu consentimento quando seus progenitores ou representantes legais não estejam de acordo com a interrupção voluntária da gravidez e determinação sexual e reprodutiva.

<<http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-2014514125253312-61250528.pdf>> [Acesso em: 18 de julho de 2017].

⁶³ Ibidem, pp. 208-209.

- **Expressão do consentimento em mulheres em situação de deficiência.** A solicitação de interrupção da gravidez deve poder ser efetuada pelos pais da mulher deficiente ou outra pessoa que atue em seu nome, sem requisitos formais adicionais aos indicados na legislação para cada uma das hipóteses permitidas.
- **A proibição de impor obstáculos para a IVG.** Isto inclui impedir que terceiros interfiram na garantia do serviço legal e oportuno da IVG. Entre os obstáculos que não poderão ser impostos, em casos de mulheres que solicitam a prática de uma IVG, encontram-se os seguintes:
 - (i) Solicitar requisitos adicionais aos exigidos pela lei para acessar ao procedimento de interrupção legal da gravidez, como pedir uma ordem judicial mesmo quando a lei não mencione este como passo prévio para que se pratique a IVG em uma mulher;
 - (ii) Ignorar a autonomia da mulher no momento de decidir a conveniência de praticar um aborto, quando este é necessário para poder realizar outros procedimentos médicos requeridos para proteger sua saúde e sua vida;
 - (iii) Interpor barreiras administrativas que retardam de maneira injustificada o acesso aos serviços de interrupção voluntária da gravidez;⁶⁴
 - (iv) Invocar a objeção de consciência, de maneira coletiva ou institucional, nas entidades de saúde ou por juízes para negar-se a praticar ou a ordenar um aborto.
- **Garantia de serviços em todo o território nacional.** O Estado deve garantir que os serviços de IVG nas hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico nacional estejam disponíveis em todo o território nacional.
- **Acesso em todos os níveis de atenção segundo a complexidade.** As mulheres devem poder acessar os serviços de IVG em todos os níveis de complexidade necessários.
- **Profissionais da saúde idôneos e suficientes.** Deve-se garantir que todas as entidades de saúde contem com pessoal idôneo e suficiente para garantir a IVG.
- **Proibição da discriminação.** As mulheres que solicitam a prática de uma IVG e quem as atendem não devem ser objeto de discriminação ou de práticas que limitem, de alguma forma, ou impeçam seu acesso ao lugar de trabalho ou a centros educativos, ou sua afiliação ao sistema geral de saúde .
- **Limite à intervenção judicial.** Os juízes não podem se pronunciar sobre os aspectos médicos da IVG. Tampouco se exige recorrer a uma instância judicial para solicitar que ordene a prática da IVG.⁶⁵

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-841 de 2011.

México⁶⁶

A proteção à vida pré-natal e sua relação com a interrupção da gravidez foi discutida em três ocasiões pela Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN) do México. Os critérios jurisprudenciais emanados destas discussões têm delimitado o alcance da proteção outorgada à vida em gestação como bem constitucional, assim como o reconhecimento expresso dos direitos humanos das mulheres que tem estreita relação com essa proteção.

Neste sentido, realizaram-se avanços importantes no reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres no âmbito judicial. Em 2008, a Corte afirmou a constitucionalidade das reformas que despenalizaram a interrupção da gravidez na Cidade do México durante as primeiras doze semanas de gestação.⁶⁷ Esta sentença resulta transcendente para a região latino-americana em seu conjunto, já que se inscreve dentro de uma tendência regional dos tribunais constitucionais americanos para avançar no reconhecimento judicial dos direitos reprodutivos das mulheres como direitos humanos.⁶⁸

Em 2002, a SCJN já havia endossado a constitucionalidade das reformas que ampliaram as hipóteses legais de interrupção voluntária da gravidez na Cidade do México (conhecida como “Lei Robles”) incluindo o procedimento para autorizar sua prática em casos de estupro.⁶⁹

Marco constitucional sobre direitos reprodutivos

A Constituição mexicana compreende um amplo catálogo de direitos humanos dentro do qual se encontram os direitos reprodutivos. O artigo 4º da Constituição consagra a liberdade e

⁶⁵ Ver: GONZÁLEZ, Ana Cristina; BOHÓRQUEZ, Viviana. Estudio de caso da Colômbia: Normas sobre aborto para fazer avançar a agenda do Programa de Ação do Cairo, *Revista Sur*, v. 10, Nº 19, dez/2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/Archivos/edicao/publicacoes/publicacao-2014514125253312-61250528.pdf>> [Acesso em: 18 de julho de 2017].

⁶⁶ Este tópico reproduz conteúdos – aqui traduzidos, adaptados e complementados – que integram parte da publicação *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México* (2012), do Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). Disponível em: <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/DH_mujeres_vidaprenatal.pdf> [Acesso em: 17 de julho de 2017].

⁶⁷ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, 28 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>> [Acesso em: 19 de julho de 2017].

⁶⁸ Ver LANGER, Ana, “Introduction to the Special Section on Abortion Legalization in Mexico City” in *Studies in Family Planning*, vol. 42, number 3, September 2011, pp.156-158. Ver ANSOLABEHERE, Karina. Oportunidades y decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada. in: ALEGRE, Marcelo (coord.), *Derecho y sexualidad*, Buenos Aires: Librería, 2010, disponível também em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=yls_sela> [Acesso em: 19 de julho de 2017].

⁶⁹ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, engrose a cargo de la ministra ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 29 y 30 de enero de 2002. Disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/302/00000100.019.doc>> [Acesso em: 25 de junho de 2012].



autonomia reprodutivas de todas as pessoas nos seguintes termos: “Toda pessoa tem direito a decidir de forma livre, responsável e informada sobre o número e o espaçamento de seus filhos.” A respeito dos direitos humanos das mulheres, a Constituição proíbe a discriminação por razões de gênero (artigo 1º), reconhece a igualdade de homens e mulheres perante a lei (artigo 4º), estabelece direitos para as mulheres trabalhadoras grávidas (artigo 123) e prevê direitos específicos para as mulheres indígenas (artigo 2º). A Constituição não contempla em seu texto o direito à vida.

Interpretação constitucional dos direitos reprodutivos em relação a outros direitos humanos

Como estabeleceu a SCJN, ao interpretar o artigo 4 da Constituição, a liberdade reprodutiva é um direito fundamental que compreende tanto a autonomia para decidir livremente sobre o número e espaçamento dos filhos ou filhas, como para decidir não tê-los. Consequentemente, o Estado tem a obrigação de prover as medidas necessárias para garantir a tomada de decisões reprodutivas informadas:

“[A]dverte-se que estamos ante um direito fundamental, dos denominados *de liberdade*, como é o de decidir livremente sobre o número e espaçamento dos filhos que se desejem ter, o qual implica também a decisão de não tê-los; ao mesmo tempo, o artigo 4º constitucional estabelece a obrigação do Estado de proporcionar informação acerca de métodos de anticoncepção, educação sexual, etcétera, a fim de que referida decisão seja tomada de forma responsável e informada.”⁷⁰

A Corte também considerou que a liberdade reprodutiva deriva dos direitos à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, que inclui “a decisão de um indivíduo de unir-se a outro e projetar uma vida em comum, como a relativa a ter filhos ou não”.⁷¹ De igual forma, a SCJN considerou que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

“[É] a consecução do projeto de vida que para si tem o ser humano, como ente autônomo. Como têm sustentado a doutrina e a jurisprudência comparadas, tal direito é o reconhecimento do Estado sobre a faculdade natural de toda pessoa a ser individualmente como quer ser, sem coação,

⁷⁰ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, ministro ponente: Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010, par. 236, p. 87, disponível em https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf [Acesso em: 18 de julho de 2017] (tradução livre).

⁷¹ Ibidem, par. 251, p. 95. (tradução livre). Ver também: SCJN, Amparo directo 6/2008, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, 6 de enero de 2009, p. 86: “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreende, entre outras, a liberdade de contrair matrimônio ou não fazê-lo; de procriar filhos e quantos, assim como em que momento de sua vida, ou bem, decidir não tê-los[...]”, disponível em <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190> [Acesso em: 19 de julho de 2017] (tradução livre),



nem controles injustificados ou impedimentos por parte dos demais, com o fim de cumprir as metas ou objetivos que se fixou [...]”⁷²

Em sua interpretação constitucional, a SCJN realizou uma análise do direito à liberdade reprodutiva em relação aos direitos à igualdade e não discriminação e à proteção da saúde.

Da análise da proteção à saúde estabelecida no artigo 4º, na primeira sentença em que se revisou a constitucionalidade do direito de interrupção voluntária da gravidez por má-formações genéticas ou congênitas do produto da concepção, a SCJN concluiu que a proteção da vida do produto da concepção na ordem jurídica mexicana não invalidava as hipóteses legais de aborto estabelecidas no Código Penal do Distrito Federal, pelo que considerou que referidas hipóteses eram constitucionais.⁷³

A Corte, na segunda sentença sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, na legislação penal, considerou que referida medida legislativa “resulta deste modo idônea para salvaguardar os direitos das mulheres, pois a não penalização da interrupção da gravidez tem como contraparte a liberdade das mulheres para que decidam a respeito de seu corpo, de sua saúde física e mental e, inclusive, a respeito de sua vida”.⁷⁴

Neste sentido, segundo a Corte, as reformas legislativas que restringirem direitos humanos têm que passar por um escrutínio constitucional estrito (teste de constitucionalidade). De acordo com os critérios jurisprudenciais da Corte, este teste se cumpre quando a diferenciação estabelecida na lei se baseia em critérios razoáveis, objetivos e proporcionais.⁷⁵ Portanto, a autoridade legislativa está proibida de estabelecer distinções injustificadas na lei ou classificações “suspeitas”,⁷⁶ e o Poder Judiciário deve realizar um escrutínio estrito às referidas leis.⁷⁷

A vida pré-natal como um bem constitucionalmente protegido

⁷² SCJN, Amparo Directo 6/2008, p. 86, disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>> [Acesso em: 19 de julho de 2017] (tradução livre)

⁷³ Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, pp. 92-97, disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=37867>> [Acesso em 19 de julho de 2017].

⁷⁴ SCJN, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 183, disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>> [Acesso em: 19 de julho de 2017] (tradução livre).

⁷⁵ SCJN, “Igualdad. Casos en los que el Juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)” Tesis jurisprudencial, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, tomo XXVII, abril 2008, p. 175. “Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”, Tesis jurisprudencial, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁷⁶ As categorias “suspeitas” são classificações estabelecidas pelo Poder Legislativo baseadas em preconceitos ou estereótipos, em detrimento de certas pessoas ou grupos sociais. As categorias suspeitas por antonomasia son a raza, o sexo e a religión. De ahí que se prohíban expresamente no artigo 1 da Constituição mexicana.

⁷⁷ SCJN, “Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas”, Tesis aislada, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, tomo XXXII, 1 de septiembre de 2010, p. 183.



Em 2008, a SCJN realizou uma análise extensa do alcance da proteção à vida em gestação, apartando-se do critério adotado em 2002 — quando considerou que a vida do produto da concepção se encontrava protegida em todo o ordenamento jurídico mexicano e nos tratados internacionais.⁷⁸ Ao analisar a constitucionalidade da legislação que despenalizou o aborto nas primeiras doze semanas de gestação no DF, a Corte considerou que “‘a Constituição’ (...) ‘não reconhece um direito à vida em sentido normativo’ senão que, ao contrário, obriga o Estado a promover as condições para seu adequado desfrute uma vez que exista”.⁷⁹

Neste sentido, a SCJN desvirtuou o argumento dos que defendem que o direito à vida é o pressuposto fundamental da existência e o exercício de todos os demais direitos. O direito à vida — então — não tem um caráter básico nem absoluto.⁸⁰ A Corte sustentou que nenhum direito constitucional é absoluto e que tampouco se pode deduzir que um direito tenha primazia sobre outro.

A partir de uma análise dos tratados internacionais, especificamente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim como das declarações interpretativas realizadas pelo México à primeira, a SCJN estabeleceu que o direito à vida não está protegido na normativa internacional de forma absoluta, senão que esta normativa obriga o Estado a promover as condições para seu adequado desfrute uma vez que se atualiza sua existência.⁸¹ Também, inclinou-se por considerar “a existência de um bem constitucional e internacionalmente protegido [a vida] nos termos até agora expostos”.⁸²

Por fim, a Corte concluiu validando a despenalização do aborto realizada pela autoridade legislativa do Distrito Federal, já que não existe “nenhum fundamento constitucional ou internacional para um mandato de penalização que permitisse sustentar que existe uma obrigação do legislador para o estabelecimento ou manutenção de um tipo penal específico.”⁸³

Interpretação recente da Suprema Corte em relação a reformas constitucionais sobre proteção à vida pré-natal e sua afetação aos direitos das mulheres

⁷⁸ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000.

⁷⁹ Ver POU JIMÉNEZ, Francisca, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Anuario de Derechos Humanos, Chile, núm. 5, 2009, p. 148. Disponível em: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11523>> [Acesso em: 17 de julho de 2017] (tradução livre).

⁸⁰ Apesar dos dissensos entre os ministros e ministras da Corte a respeito da existência do direito à vida, a sentença reflete a majoritária refutação das teses defendidas nas demandas de inconstitucionalidade — e compartilhadas pelo projeto de sentença elaborado pelo ministro Aguirre Anguiano —, que caracterizavam o direito à vida do concebido como um direito absoluto e intocável por qualquer tipo de legislação. Ver o projeto de resolução apresentado pelo ministro Aguirre Anguiano em <http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Paginas/pleno_novena_epoca2007.aspx> [Acesso em: 16 de julho de 2012].

⁸¹ Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, 28 de agosto de 2008, pp. 173-174. Disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>> [Acesso em: 19 de julho de 2017].

⁸² Ibidem, p. 175 (tradução livre).

⁸³ Idem.



A partir da reforma que despenalizou o aborto, dentro das primeiras doze semanas de gestação, na cidade de México, em 2007, e sua posterior validação pela Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN), em 2008, 16 estados⁸⁴ da República mexicana aprovaram reformas a suas constituições locais com o fim de proteger a vida desde o momento da concepção ou da fecundação.

Em 2009, o Presidente da Procuradoria dos Direitos Humanos e Proteção Cidadã de Baja California e 33% do Congresso de San Luis Potosí interpuseram perante a SCJN as correspondentes ações de inconstitucionalidade contra suas respectivas reformas estaduais a respeito da proteção à vida, considerando-as contrárias aos direitos humanos das mulheres protegidos na Constituição.⁸⁵ Por falta de uma maioria qualificada para declará-las inconstitucionais, a SCJN extinguiu as ações sem resolver o mérito do assunto.⁸⁶ Embora não exista uma resolução de mérito da Corte, cabe destacar que houve uma maioria de sete ministros e ministras⁸⁷ que consideraram estas reformas inconstitucionais por: 1) outorgar uma proteção absoluta à vida em gestação; 2) restringir os direitos humanos das mulheres, especialmente seus direitos reprodutivos; e 3) violar as competências legislativas estabelecidas na Constituição para os Congressos locais.

Por último, pode-se concluir que, da análise integral das sentenças que a Suprema Corte emitiu, em 2002 e 2008, ao analisar a constitucionalidade das reformas (de 2000 e 2007, respectivamente) em matéria de interrupção voluntária da gravidez, a interpretação constitucional da Corte indica que a) o direito à vida não é um direito absoluto, b) a despenalização do aborto é uma faculdade das legislaturas locais e uma medida idônea para proteger os direitos humanos das mulheres e c) existe uma compatibilidade entre a proteção da vida em gestação e as hipóteses legais de despenalização, inclusive quando for solicitada por vontade da mulher (durante as primeiras doze semanas de gestação). De igual forma, a recente discussão da SCJN, em relação à tutela da vida nas constituições locais dos estados, supõe que se deve adotar uma interpretação conforme a Constituição, levando em consideração os direitos humanos das mulheres.

⁸⁴ Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas e Yucatán. Chihuahua incluiu em sua Constituição a proteção da vida desde a concepção desde 1994, pelo que não se contempla dentro do grupo de reformas posteriores à decisão da SCJN em 2008. Campeche modificou sua Constituição nesse mesmo sentido em agosto de 2009, mas posteriormente, por decreto publicado no Diário Oficial do estado, em 19 de novembro de 2010, derogou-se o segundo parágrafo do artigo 6º constitucional, que continha a proteção à vida desde a concepção.

⁸⁵ SCJN, Ação de Inconstitucionalidade 11/2009 promovida pela Procuradoria dos Direitos Humanos e Proteção Cidadã de Baja California contra o Decreto que reforma o artigo 7 da Constituição desse estado, o mesmo que protege a vida desde o momento da concepção até a morte natural. SCJN, Ação de Inconstitucionalidade 62/2009 promovida por deputados da Quinquagésima Nona Legislatura de San Luis Potosí contra o Decreto que reforma o artigo 16 da Constituição desse estado, que reconhece a vida humana como fundamento de todos os direitos dos seres humanos, pelo que a respeita e protege desde o momento de seu início na concepção.

⁸⁶ De acordo com o inciso II do artigo 105 constitucional, quando a SCJN realiza uma análise da constitucionalidade de uma lei, requer-se uma maioria qualificada (isto é, oito votos dos onze ministros do Pleno da Corte) para declará-la contrária à Constituição. Caso não se alcance esta maioria, o assunto é rechaçado, vale dizer, arquiva-se sem que se realize um estudo do mérito do assunto, como ocorreu a respeito destas ações em setembro de 2011.

⁸⁷ Os ministros José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio Armando Valls Hernández, Luis María Aguilar Morales, Juan Silva Meza e o ministro encarregado de elaborar o projeto, José Fernando Franco González Salas, sustentaram que as reformas eram inconstitucionais, pois propunham uma proteção absoluta ao produto da concepção, o que é incompatível com o conjunto de direitos humanos consagrados na Constituição federal a favor das mulheres. Ver SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas, 28 de septiembre de 2011, pp. 43-50. Disponível em <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105534>> [Acesso em: 15 de julho de 2017].



Em consequência, a legislação que confere uma proteção absoluta da vida em gestação é inadequada e não constitui uma medida idônea para alcançar a finalidade legítima do Estado de tutelar a vida pré-natal, pois pode entrar em conflito com os direitos à vida, à saúde e à integridade corporal das mulheres que se veem obrigadas a recorrer a um aborto inseguro.

Conclusão

O direito internacional dos direitos humanos funda-se na premissa de que os Estados não estão legitimados para intervir arbitrariamente na vida das pessoas em seu território, e devem respeitar seus direitos e sujeitar-se aos princípios fundamentais da dignidade humana.⁸⁸ De acordo com estes princípios, as cortes constitucionais e tribunais supremos da região analisaram em diversas decisões sobre a constitucionalidade da despenalização da interrupção legal da gravidez. Nessas decisões, interpretou-se o alcance da proteção jurídica à vida do embrião em gestação e foi adotado majoritariamente pelas Corte e Tribunais, na nossa região, o entendimento de que essa proteção não tem caráter absoluto. Em contrapartida, foram reconhecidos e afirmados os direitos humanos das mulheres, particularmente os direitos reprodutivos contidos nas normas constitucionais e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos estados.

Pedidos

Por todo o exposto, o Consórcio Latino-Americano contra o Aborto Inseguro (CLACAI) requer sejam deferidos os seguintes pedidos:

- a) que seja admitido na qualidade de *amicus curiae* nos autos da ADPF 442;
- b) que seja intimado de todos os atos do processo por meio de sua advogada e representante legal, Lívia Gimenes Dias da Fonseca, inscrita na OAB-DF 49.543;
- c) que seja deferida a realização de sustentação oral na sessão de julgamento;
- d) subsidiariamente, que seja esta manifestação admitida como memorial.

No mérito, uma vez admitido seu ingresso na lide como *amicus curiae*, requer que a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja julgada integralmente procedente, pelas razões acima expostas.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 28 de setembro de 2017.

Susana Chavez/Peru

⁸⁸ Vid, Elizabeth Wicks, The Meaning of 'Life': Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, Cook Rebecca J, Dickens, Bernard M, Human rights dynamics of abortion law reform" In Human Rights Quarterly. A Comparative and International Journal of the Social Sciences, Humanities, and Law, The John Hopkins University Press, feb/2003, v. 25, núm. 1, pp. 1-59. Trad. de Eduardo Barraza.



Secretária Executiva do CLACAI

Ximena Casas/Colômbia
Advogada e Coordenadora do Grupo Jurídico do CLACAI

Maria Beatriz Galli Bevilacqua/Brasil
Advogada, Assessora Regional do Ipas e integrante do Grupo Jurídico do CLACAI

Lívia Gimenes Dias da Fonseca/Brasil
Advogada, OAB-DF nº 49.543