



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA RELATORA, ROSA WEBER –
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442

“Um milhão de mulheres abortam todos os anos na França. Elas abortam em condição arriscada por causa da clandestinidade a que são condenadas, ainda que essa operação, se praticada sob supervisão médica, seja muito simples. Silenciamos sobre esses milhões de mulheres. Declaro ser uma delas. Declaro ter abortado. Da mesma maneira que demandamos acesso livre aos métodos contraceptivos, nós pedimos o aborto livre”¹.

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, instituição pública estadual, com assento no art. 134 da CRFB/88 e atuação regulamentada pela Lei Complementar Federal n.º 80/94 e pela Lei Complementar Estadual n.º 06/77 (RJ), cuja Representação em Brasília está situada na SAFS, Quadra 02, Lote 02, Bloco B, Conj. 108 Brasília/DF, CEP 70.070-600, telefone n.º (61) 3326-7317, vem postular sua admissão nos autos na condição de

AMICUS CURIAE

com fundamento no artigo 138 do novo Código de Processo Civil, nos autos da ADPF n.º 442, proposta pelo **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL)**, bem como requerer a juntada do incluso memorial de *amicus curiae*, pelas razões e para os fins adiante expostos.

¹ Em 5 abril de 1971, o jornal francês o -Nouvel Observateur publicou um manifesto escrito por a escritora e filósofa francesa Simone de Beauvoir que ficou conhecido como -O Manifesto das 343II⁵. No documento, as mulheres que o assinavam admitiam ter feito aborto ilegal e exigiam que o governo francês garantisse às mulheres o direito à contracepção gratuita e ao aborto legal. A postura representava arriscar-se à prisão, eis que naquela época o aborto era considerado crime na França.



ÍNDICE

I. O OBJETO DA ADPF N.º 442	3
II. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A REPRESENTATIVIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL.	4
III. IGUALDADE, RECONHECIMENTO E DISCRIMINAÇÃO. UMA ANÁLISE CONCRETA DOS PROCESSOS CRIMINAIS DISTRIBUÍDOS ENTRE 2005 E 2017 NO TJRJ POR FORÇA DOS ARTS. 124 E 126 DO CP	8
III.A) CONTEXTUALIZAÇÃO. QUEM É ALVO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA DO ABORTO NO BRASIL? QUAIS SÃO AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO NA VIDA DOS DIFERENTES GRUPOS DE MULHERES BRASILEIRAS?.....	8
III.B) VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL.....	14
III.C) O IMPACTO DESPROPORCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	17
IV. UMA ANÁLISE TEÓRICA DA INCRIMINAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA	29
IV.A) A PANORAMA HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	29
IV.B) PATRIARCALISMO E INFERIORIDADE FEMININA	33
IV.C) A PUBLICIZAÇÃO DO CONFLITO, VITIMIZAÇÃO DO ESTADO E O ABORTO...36	
V. OS DIREITOS À VIDA E À AUTONOMIA PRIVADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 38	
V.A) O DEVER DE COMPATIBILIZAR A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER.....	38
V.B) A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: MATERNIDADE VOLUNTÁRIA. A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA. A VEDAÇÃO À TORTURA E A TRATAMENTO CRUEL E DEGRADANTE.....	42
VI. (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA PRODUÇÃO DA NORMA INCRIMINADORA E RELEVÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO QUESTÃO MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	47
VI.A) A QUESTÃO MAJORITÁRIA EXERCIDA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ELEMENTO LEGÍTIMO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	47
VI.B) O DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA PRODUÇÃO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. UMA CASA LEGISLATIVA CONSTITUÍDA DE HOMENS, QUE LEGISLA NOS INTERESSES DOS HOMENS	50
VII. CONCLUSÃO	55
ANEXO: RELATÓRIO DA DIRETORIA DE ESTUDOS E PESQUISAS DA DPE-RJ: ANÁLISE DOS PROCESSOS CRIMINAIS PELA PRÁTICA DE ABORTO NO TJRJ	



I. O OBJETO DA ADPF N.º 442

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) manejada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando a **declaração de não recepção parcial pela Constituição de 1988 dos arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro**, a fim de excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas.

Argumenta, para tanto, que os tipos penais de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do CP) e de aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126 do CP) são incompatíveis: i) com a dignidade da pessoa humana, ii) com a cidadania das mulheres; iii) com o dever de promoção da não discriminação como princípio fundamental da República; iv) bem como com os direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (arts. 1.º, incisos I e II; 3.º, inciso IV, 5.º, *caput* e incisos I e III; 6.º, *caput*, 196; e 226, § 7.º, todos da CRFB/88).

Pretende, então, garantir às mulheres o direito constitucional a interromper a gestação nas primeiras 12 (doze) semanas, de acordo com a sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir, aos profissionais de saúde, o direito a realizar o procedimento, nos mesmos termos.

Impõe-se a procedência do pedido formulado na petição inicial desta ADPF, como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro passa a demonstrar, enquanto instituição com representatividade adequada para pluralizar o debate em pauta.



II. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A REPRESENTATIVIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL

Delimitado está o cerne do debate instaurado no presente feito, com respeito à ampla gama de direitos e garantias fundamentais consagrados às mulheres na Constituição Cidadã de 1988, bem como nos diplomas de Direito Internacional dos Direitos Humanos adotados pelo Brasil, ainda hoje violados, em especial pela aplicação de normas não recepcionadas, como é o caso da criminalização do aborto, prevista nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Do mesmo modo, não há qualquer dúvida de que o deslinde da controvérsia afetará os interesses de toda a população de mulheres do Brasil, que se vê atualmente submetida à **maternidade compulsória**, à **mortalidade materna**, à **sujeição a situações insalubres e inseguras de abortamento**, à **criminalização**, à **indevida intervenção do Estado na esfera de sua vida privada**, e a toda sorte de **discriminação e exclusão social**, privada do gozo dos mais elementares direitos civis e alijada do acesso a diversos espaços da vida em sociedade.

A representatividade da Defensoria Pública insere-se nesse contexto em decorrência das suas funções institucionais de **promoção dos direitos humanos e ainda de defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado**, como dispõem o art. 134 da CRFB/88² e arts. 3.º-A e 4.º, inciso XI, ambos da Lei Complementar nº. 80/94³.

² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

³ Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos;



Consciente de seu dever de proteção à população e a grupos vulneráveis, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, desde a década de 1990, aposta na **especialização** do serviço público de assistência jurídica, de acordo com as recomendações dispostas nas 100 Regras de Brasília sobre acesso à justiça⁴, o que levou à criação, em sua organização administrativa de órgãos, núcleos e coordenações específicas.

Assim, de forma pioneira, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro criou, em 24 de novembro de 1997, o seu órgão especializado na defesa de direitos das mulheres: o **Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher e de Vítimas de Violência de Gênero** — NUDEM –, que **é responsável pelo atendimento de mais de 40.000 mulheres no Estado do Rio de Janeiro**, ao longo dos seus 20 anos de existência.

No mesmo sentido, a criação da **Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Rio de Janeiro** – destinada a articular todos os órgãos da DPERJ com atribuição para defesa dos direitos das mulheres –, em outubro de 2016, é fruto desse fortalecimento progressivo da política de enfrentamento à violência contra as mulheres, iniciada em 1997.

Com isso, nos últimos 20 (vinte) anos, o atendimento tem se aperfeiçoado no sentido de oferecer às mulheres fluminenses um serviço jurídico de qualidade, abrangendo não só atuação frente ao Poder Judiciário, mas programas de educação e sensibilização em direitos, o exercício da

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

⁴ Documento disponível na íntegra em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>, acesso aos 12/11/2017, às 11h50min.



pesquisa e a participação e organização de fóruns e seminários, enquanto agente da cidadania.

O tema ora em questão certamente está entre aqueles enfrentados no cotidiano do Núcleo, sendo indissociável das discussões em torno de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, da violência obstétrica, da criminalização e da mortalidade materna, as quais têm sido objeto de ampla atuação institucional⁵.

Temas tão caros à vida das mulheres têm provocado que a Defensoria Pública esteja à frente do ajuizamento de ações destinadas a reparar as violências sofridas, tais como indenizatórias por morte materna; a autorizar por meio de alvará judicial a realização de abortos em caso de má- formação fetal ou risco de vida para a mulher gestante⁶; e alcançam ainda o exercício da defesa criminal de mulheres, quando acusadas pelos crimes dos artigos 124 do CP (de acordo com Relatório da Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da DPERJ – documento anexo -, a instituição foi responsável pela defesa criminal de mulheres acusadas da prática de aborto **em 64.7% dos casos distribuídos entre 2005 e 2017**).

Na seara criminal, de maneira geral, é amplo o alcance da assistência jurídica prestada às mulheres privadas de liberdade, uma vez que a Defensoria Pública está presente em todas as comarcas do Estado do Rio de Janeiro.

⁵ São exemplos de eventos organizados pela Coordenação de Defesa dos Direitos da Mulher, nos últimos dois anos: *ABORTO, palavra interdita*.(2016); *O que é Violência Obstétrica?* (2017); *Mortalidade Materna e Direitos Humanos* (2017).

⁶ Entre os anos de 2015 e 2017, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou em favor de mulheres fluminenses 41 requerimentos de autorização de interrupção da gravidez por razões de má formação fetal e inviabilidade de vida extrauterina do feto, tendo obtido êxito em cerca de 80% dos casos.



Destaque-se que nas audiências de custódia realizadas a partir de setembro de 2015 no Estado, a Defensoria Pública tem atuado em 100% dos casos⁷, dentre os quais os de **245 mulheres, o equivalente a 7.4% das pessoas presas, das quais 75.1% receberam a liberdade após a audiência de custódia.**

Além da contribuição do ponto de vista técnico e fático, a participação da Defensoria Pública como amigo da corte aporta **maior legitimidade democrática às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais.**

Inclusive, porque a criminalização secundária por força dos tipos penais dos arts. 124 e 126 do CP **terá como alvo preferencial mulheres em situação de pobreza, com baixo grau de instrução, negras, ocupantes das áreas periféricas,** como bem destacou o Ministro L. R. Barroso no julgamento do HC 124.306/RJ:

a tipificação penal produz também discriminação social, já que **prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares,** nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.⁸ (Grifamos.)

Seja pela identidade da temática objeto da ADPF com as missões constitucionais da Defensoria Pública, seja pela expertise acumulada ao longo de duas décadas de atuação tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial na seara da defesa dos direitos nas mulheres, seja, ainda, para garantir

⁷Disponível

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>.

Acesso em 12/11/2017.

⁸Decisão prolatada no HC 124.306/RJ, da Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, acesso aos 12/11/2017, às 12h07min.



representatividade às milhares de cidadãs que estão envolvidas em processos judiciais sobre a temática no país, seja, finalmente, para atingir o propósito da democratização do debate, **é dever e pretensão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro participar deste processo na qualidade de *amicus curiae*.**

Passa-se, portanto, a trazer uma **observação da realidade concreta da criminalização do aborto**, que permita enxergar de que forma a norma incriminadora impacta os diferentes grupos de mulheres, além de suas consequências gerais para a saúde pública.

III. IGUALDADE, RECONHECIMENTO E DISCRIMINAÇÃO. UMA ANÁLISE CONCRETA DOS PROCESSOS CRIMINAIS DISTRIBUÍDOS ENTRE 2005 E 2017 NO TJRJ POR FORÇA DOS ARTS. 124 E 126 DO CP

III.A) CONTEXTUALIZAÇÃO. QUEM É ALVO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA DO ABORTO NO BRASIL? QUAIS SÃO AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO NA VIDA DOS DIFERENTES GRUPOS DE MULHERES BRASILEIRAS?

“que a declarante, por muitas vezes, aconselhou sua irmã, pedindo para que ela não fizesse isso (aborto), porém ela estava desesperada e com muito medo de ter a criança, pois já era mãe de quatro filhos e um deles tem paralisia cerebral e, além disso, seu companheiro era muito irresponsável (...); que sua irmã estava de saída, relatando que iria na casa de uma mulher chamada Célia a fim de fazer o aborto (...); que, por volta de 10h, a declarante recebeu um telefonema de sua irmã e esta estava no PAM Meriti passando muito mal (...); que não viu mais sua irmã, tendo a mesma falecido no dia seguinte, pela manhã”. (J.F.G., irmã de mulher negra que fez aborto, São João de Meriti/RJ).⁹

⁹ Durante esta petição, por vezes, serão trazidos trechos de declarações constantes nos autos dos processos analisados quando da pesquisa elaborada pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, cujo relatório encontra-se anexo.



No **Relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do RJ** (documento anexo), foram analisados, no âmbito do Tribunal de Justiça do RJ, os processos criminais distribuídos entre 2005 e 2017 pela prática dos tipos dos arts. 124 e 126 do Código Penal. No estudo, identificaram-se quatro grupos de casos em que ocorreu a criminalização secundária do aborto¹⁰.

Alguns dos dados colhidos sobre o perfil das pessoas criminalizadas serão especialmente relevantes para o deslinde da ADPF n.º 442. Isso porque as Réis, na maioria dos casos, possuem cor e renda definidas. Trata-se, em grande parte, de mulheres em situação de vulnerabilidade, negras e pobres, como veremos a seguir.

Tomando por base o Grupo 1, que explorou o conjunto de 20 mulheres processadas pela conduta de provocar o aborto em si mesma (art. 124, CP), constatou-se que 12 delas, isto é, **60% eram negras (pretas ou pardas)**¹¹.

Além disso, as mulheres acusadas da prática do art. 124 do CP, possuem ocupações que, em sua maioria, evidenciam sua **situação de pobreza** (garota de programa, salgadeira, faxineira, auxiliar de cozinha, manicure etc.), residem em **áreas periféricas** de suas cidades (favelas na capital, como as comunidades Pavão-Pavãozinho e Ladeira dos Tabajaras, ou outras áreas empobrecidas, como os Municípios de Japeri e Duque de Caxias,

¹⁰ Segundo a metodologia constante do relatório anexo a esta petição, o Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entregou uma planilha, que fora extraída do seu sistema em 29/08/2017, com todos os processos com os assuntos: aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126 do CP); aborto qualificado (art. 127 do CP); e aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do CP).

¹¹ De acordo com o IBGE, considera-se que a população negra brasileira é composta pelo somatório dos indivíduos que se autodeclararam pretos ou pardos. Veja-se mais em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>, acesso aos 12/11/2017, às 18h10min.



na baixada fluminense, e a localidade do Porto do Carro em Cabo Frio, região dos Lagos) **e 13 delas, o que representa 65%, informaram já possuírem filhos.**

Apurou-se, ainda, que 12 dentre as 15 mulheres em que havia informação do tempo gestacional à época da interrupção **indicaram gestação superior a três meses** (estágio mais avançado de gravidez), o que representa **83.3% dos casos** em que havia a informação.

Das 20 mulheres que integram o Grupo 1, 15, ou seja, **75% são assistidas pela Defensoria Pública nos processos criminais.**

Já no tocante ao Grupo 3, que analisou os processos deflagrados em virtude de investigação policial das clínicas clandestinas de aborto, foram identificadas como Rés 22 mulheres que estavam nas clínicas realizando ou haviam acabado de realizar o procedimento, quando da chegada da polícia.

Aqui, constatou-se a prevalência de **Rés da cor branca: em 53% dos casos** e, ainda, verificou-se que, **em todos os casos em que se tinha essa informação, a gestação era inferior a 12 semanas.**

Também no Grupo 3, identificou a pesquisa um **índice de escolaridade superior** ao grupo de mulheres que optou por métodos caseiros de interrupção da gestação. Enquanto, no primeiro grupo, apenas 22% das mulheres havia cursado até o 2.º grau; aqui, o percentual encontrado foi de 75%.

Da mesma forma, as regiões de moradia e profissões das Rés indicaram que no grupo de mulheres flagradas em clínicas clandestinas de aborto não experienciavam uma situação de pobreza tão drástica quanto as do



grupo 1. Outrossim, no Grupo 3 apenas 40% das mulheres eram assistidas pela Defensoria Pública nos processos criminais.

Os processos resultantes de flagrantes em clínicas de aborto tramitaram, em sua maioria, na capital, e foram precedidos de **investigação policial mais aprofundada**.

O relatório, ainda, verificou que, segundo as declarações colhidas nos processos criminais, **o custo do aborto realizado em clínicas varia entre R\$ 600.00 e R\$ 4.500.00**. É fato notório que, até mesmo em hospitais particulares de grande porte, é possível contato com profissionais que atuam em clínicas de aborto. No entanto, é preciso ter recursos para custear um procedimento clandestino de aborto, haja vista que a não fiscalização e regulamentação da prática deixa aberto os valores do procedimento. Cada um cobra o que quer e pague quem puder¹².

Tais informações permitem formular algumas conclusões relevantes para responder às perguntas sobre **quem é alvo da norma penal incriminadora do aborto no Brasil e quais são as consequências da criminalização na vida das mulheres:**

- i) **mulheres em situação de pobreza, em sua maioria negras (60%)**, que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento por um procedimento médico clandestino de interrupção da gravidez e optam por métodos caseiros, como o uso de chás abortivos e a autoadministração de medicamentos, que apresentam riscos mais elevados à saúde e **resultam, frequentemente, na necessidade de**

¹² BERTH, Joice. *Mortes por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/>, acesso aos 05/10/2017.



atendimentos de emergência na rede de saúde, por conta do sofrimento físico provocado pelo processo de abortamento;

- ii) as mulheres em **situação de pobreza, em sua maioria negras (60%) e menos instruídas (22% não concluíram o segundo grau)**, por conta do medo de serem descobertas e da ausência de informação ou de condições seguras para interromper a gestação, demoram mais a tomar a decisão e acabam por realizar o processo em estágio de gravidez avançado (a grande maioria com tempo gestacional superior a 12 semanas), o que faz com que **sofram de maneira mais drástica os efeitos físicos do procedimento e corram maior risco de morte;**

- ii) a falta de uma estrutura adequada no sistema público de saúde para atendimento da demanda de interrupção voluntária da gravidez **coloca em grave risco a vida de todas as mulheres**, pois mesmo as que são mais instruídas, possuem recursos financeiros para realizar o procedimento assistidas por médicos em clínicas clandestinas e podem tomar a decisão num estágio mais inicial da gestação também enfrentam uma situação de extrema vulnerabilidade, pois muitas vezes devem comparecer às clínicas desacompanhadas e sem telefone celular, lhes é sonegada informação e correm o risco de ser flagradas por policiais que investigam estes estabelecimentos.

Os dados indicados, sobretudo as características de cor e renda das mulheres criminalizadas, não constituem uma singularidade do Estado do Rio de Janeiro.

Isso porque os padrões identificados convergem com as estatísticas da **Pesquisa Nacional de Aborto** (UnB) que, em sua segunda edição (2016),



confirmou como padrão taxas maiores: entre mulheres com escolaridade até quarta série/quinto ano (22%) do que com nível superior frequentado (11%); entre mulheres com renda familiar total mais baixa (até 1 salário-mínimo – S.M., 16%) do que mais alta (mais de 5 S.M., 8%); entre amarelas, pretas, pardas e indígenas (de 13% a 25%) do que entre brancas (9%)¹³. Percebe-se, também aqui, que o padrão perfil das mulheres que realiza o aborto é composto, em sua maioria, por mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, além das expressivas diferenças regionais.

No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil¹⁴, na qual foram analisados oito processos de aborto da comarca do Rio de Janeiro (capital) entre 2007 e 2010, ocasião em que se concluiu que a maioria das mulheres não estava trabalhando ou auferia módica contraprestação, em geral na informalidade. Uma das mulheres era prostituta. Todas residiam em regiões periféricas: favela, bairro pobre ou subúrbio. Nenhuma, na zona sul do Município do Rio de Janeiro.

Da mesma forma, as tendências apontadas no relatório da Defensoria Pública se mostram compatíveis com os levantamentos de mortalidade materna no Brasil¹⁵, que apontam ser o aborto a quarta causa mais comum (atrás da hipertensão, hemorragia e infecção puerperal). Dados apresentados pela Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres da Presidência da República indicam, ainda, um **crescimento da mortalidade de**

¹³ Pesquisa na íntegra disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>, acesso aos 12/11/2017, às 12h58min.

¹⁴ UERJ; IPAS Brasil. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade; Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Acesso em 05/10/2017.

¹⁵ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/489786-MORTALIDADE-MATERNA-ENTRE-NEGRAS-AUMENTOU-NO-BRASIL.html>. Acesso em 12/11/2017.



mulheres negras. ao passo que houve redução nas mortes de mulheres brancas entre 2000 e 2012.

Por aborto, **a morte de mulheres brancas caiu de 39 para 15 por 100 mil partos. Entre negras, aumentou de 34 pra 51.**

Logo, a partir de todos esses dados estatísticos, verifica-se que a criminalização do aborto promove a sua parcela de contribuição para perpetuar a discriminação da mulher pobre e negra presente na nossa cultura, sem que haja, contudo, qualquer proporcionalidade nessa medida.

III.B) VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL

“Que a declarante passou a tentar abortar; que passou a tomar diversos chás caseiros, e a apertar a barriga utilizando uma cinta, bem como se flagelar, dando socos na barriga; que passou a parar de se alimentar, passando a ingerir grandes quantidades de bebida alcoólica; (...) que passou a ingerir também grande quantidade do medicamento „dipirona“, além dos chás com ervas e bebida alcoólica, ocasião em que começou a se sentir mal” (E.S.S., casada, negra, do lar, 33 anos quando do procedimento, Barra de São Francisco do Carmo/RJ).

Na petição inicial da presente ação constitucional de descumprimento de preceito fundamental, o PSOL abordou relevantes questões teóricas e apontou, desde logo, a **desproporcionalidade** dos arts.

124 e 126 do Código Penal, que atingem sobretudo mulheres negras e indígenas em situação de pobreza.

Contudo, o Relatório da Diretoria de Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública pretende aprofundar este argumento e demonstrar a necessidade de um olhar **interseccional** para os sujeitos atingidos pela norma incriminadora aqui questionada.



Tradicionalmente, a agenda feminista trata da questão do aborto do ponto de vista da **autonomia sobre o próprio corpo** e da **maternidade voluntária**. Situado, assim, no campo da escolha individual, o direito ao aborto postulado na luta feminista clássica se dá sob uma perspectiva de controle sobre a própria reprodução, que proporciona, ao fim e ao cabo, o controle das mulheres sobre o próprio corpo e vida.

Entretanto, os relatos concretos colhidos dos processos criminais em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não deixam dúvidas de que, para certos grupos de mulheres, tais como **as mulheres negras que habitam as favelas fluminenses e outras áreas periféricas, trabalhadoras que ocupam a base da pirâmide econômico-social, com baixo grau de instrução e assistidas pela Defensoria Pública nos processos em que foram criminalizadas pela prática do aborto**, o que está em jogo aqui é o **direito à própria vida**.

Isso porque o segmento populacional das mulheres negras está inserido numa situação de desigualdade estrutural em que confluem inúmeros fatores (classe social, gênero, raça, área urbana em que habitam, baixo grau de instrução etc.) que as sujeita a uma verdadeira situação de **discriminação interseccional**. Consequentemente, a proibição penal da prática do aborto as atinge de forma específica e articula **múltiplos níveis de subordinação** em que estão inseridas, o que potencializa o risco à vida e a violação de todos os demais direitos fundamentais em jogo.

Se, por um lado, para a mulher branca, de classe social privilegiada, dotada de instrução, a decisão de interrupção da gestação pode ser tomada com um grau relativo de proteção, por meio do pagamento de um procedimento com assistência médica no estágio inicial da gravidez, para a mulher negra **o direito de escolha é asfixiado por sua condição social**, que **a empurra para**



o uso de métodos caseiros, em estágio avançado de gravidez, com elevado risco de morte e frequente necessidade de internação hospitalar para socorro emergencial.

Assim, existe uma afronta direta das normas penais cuja constitucionalidade é aqui debatida ao próprio **princípio constitucional da igualdade como não discriminação (art. 3.º, inciso IV)**, uma vez que existe, na realidade da prática de abortos no Brasil, uma flagrante situação de **discriminação interseccional**, que expõe de maneira mais aguda as mulheres negras à morte e às consequências do procedimento de aborto desassistido.

Para nos valermos das ideias de uma pensadora brasileira, podemos citar o trabalho da pesquisadora Ana Luiza Pinheiro Flauzina (UFBA), que discorre sobre a interação das opressões de raça e gênero como uma marca do processo histórico de formação da sociedade brasileira:

A herança brutal do processo de colonização nas Américas criou a um só tempo modelos de **hierarquia racial e gênero** que têm sido perpetuadas na mediação das violências na direção dos diferentes corpos, em especial no que tange às investidas do sistema de justiça criminal¹⁶. (Grifamos.)

Já nas palavras da Professora de Direito da UCLA e da Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, Kimberlé Crenshaw – notabilizada por forjar o conceito de interseccionalidade –, seria necessário:

Reconhecer que os direitos contra a discriminação interseccional já existem. Quando somos protegidas **contra a discriminação racial**, somos protegidas contra todas as formas de discriminação racial, não apenas contra as que ocorrem para os homens. E quando somos protegidas da **discriminação de gênero**, somos protegidas de todas as formas de discriminação de gênero e não apenas das formas que afetam as mulheres da elite que estão protegidas das formas que

¹⁶ FLAUZINA, A. FREITAS, F. VIEIRA, H. e PIRES, T. *Discursos Negros. Legislação, política criminal e racismo*. Ed. Brado Negro, Brasília: 2015, p. 142.



ocorrem com as mulheres pobres e negras¹⁷. (Grifamos.)

Nessa esteira, a cláusula de proteção contra discriminação racial, presente no texto constitucional (arts. 3.º, IV, e 5.º, ambos da CRFB/88), assim como na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto n.º 65.810/1969) e na Convenção Americana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de Intolerância, **também protege as mulheres negras brasileiras contra a criminalização desproporcional por elas sofrida em razão da norma incriminadora do aborto e fundamentam a declaração de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do CP.**

III.C) O IMPACTO DESPROPORCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

“que é mãe solteira de dois filhos, L. (13 anos) e L. (7 anos) (...); que, em razão de muitos enjoos e vômitos, seu pai ficou desconfiado da gravidez e disse para a declarante que, caso estivesse grávida, a colocaria para fora de casa (...); que, em contato com a rede social, encomendou 04 comprimidos de um remédio chamado Citotec (...); que recebeu os comprimidos em sua casa, via correio (...); que começou a sentir muitas dores; que ficou contorcendo-se de dor e teve um início de hemorragia no início da noite”. (E.P.M., solteira, parda, auxiliar de cozinha, 33 anos quando do procedimento, Cabo Frio/RJ).

A criminalização do aborto tem seu *impacto desproporcional* ao exibir como **alvo preferencial** mulheres negras e em situação de pobreza, presas fáceis das agências penais. E esse mesmo grupo vulnerável de mulheres está mais sujeito às graves lesões e à morte em decorrência do aborto, considerando sua menor capacidade de **tomar uma decisão rápida** ou de **contar com assistência médica (ainda que clandestina)** para o procedimento.

¹⁷ CRENSHAW, K. *A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero*, p. 15. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>



Nos atendimentos emergenciais prestados àquelas que não suportam os efeitos físicos do procedimento de aborto à margem da assistência médica legal, é comum que as mulheres estejam sujeitas a um novo ciclo de discriminação no Sistema Único de Saúde e deixem de ter atendimento adequado com base em ideias pré-concebidas sobre seu comportamento sexual e reprodutivo¹⁸. São, portanto, revitimizadas a partir do racismo e sexismo institucionais, a despeito de existir norma técnica do Ministério da Saúde do Governo Federal impondo atenção de qualidade e humanizada às mulheres em situação de abortamento por meio do acolhimento e orientação¹⁹.

Como se não bastasse o fato de serem colocadas à mercê da própria sorte no que toca à sua vida e integridade psicofísica, frequentes são casos em que – justamente nos locais onde buscam apoio – são **denunciadas por médicos e enfermeiros que as atendem**. São disponibilizados prontuários sem qualquer autorização judicial prévia, em absoluto desrespeito aos direitos humanos, ao Código de Ética Médica e à Constituição da República.

Tornam-se, pois, presas fáceis do sistema penal, reforçando e institucionalizando a seletividade que já existe sobre este.

Tal conclusão é corroborada pelas estatísticas. No recente estudo elaborado pela Defensoria Pública, depois da investigação policial (52,3%), a denúncia do hospital / posto médico é a que mais dá ensejo ao conhecimento, por parte de autoridades, da prática do aborto, compreendendo 30,9% do total.

¹⁸ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em 27/10/2017.



No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil²⁰, na qual foram analisados oito processos de aborto da comarca do Rio de Janeiro (capital) entre 2007 e 2010, ocasião em que se concluiu que *-a principal forma de entrada no sistema de justiça criminal é pelo sistema público de saúde*.

Em mais de um caso, **a mulher foi algemada à maca** e, enquanto ainda estava se convalescendo após a hemorragia causada pelo processo abortivo, o inquérito já estava em curso. Analisou-se, também, caso em que a mulher, incapaz de quitar a fiança arbitrada, permaneceu ali detida por longos 03 (três) meses – presa à maca de um hospital público – até que a Defensoria Pública lograsse êxito em obter a revogação da prisão preventiva.

Com efeito, a partir de todos esses dados estatísticos, verifica-se que o sistema punitivo revela claro recorte socioeconômico e racial.

Logo, a criminalização promove a sua parcela de contribuição para **perpetuar a discriminação de grupos de mulheres já em situação de vulnerabilidade** (seja em função da pobreza, da raça, da desigualdade socioespacial, etc.).

Aí está localizado o **impacto desproporcional** dos tipos penais incriminadores que, apesar de exibirem conteúdo aparentemente neutro, **produzem na realidade uma discriminação indireta** contra grupos de mulheres mais suscetíveis ao controle penal e mais fragilizadas quanto à dificuldade de acesso à assistência médica (ainda que clandestina).

²⁰ UERJ; IPAS Brasil. *Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça*. Grupo de Pesquisa Direito Humanos, Poder Judiciário e Sociedade; Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Acesso em 05/10/2017.



Segundo Joaquim Barbosa, a teoria do impacto desproporcional²¹ consiste na ideia de que:

(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional de igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas²².

Verificada a discriminação indireta *prima facie*, afirma a doutrina de Wallace Corbo que *-cabará à contraparte, por sua vez, [1] demonstrar o equívoco nas provas estatísticas colacionadas ou [2] sustentar a existência de relação lógica entre a prática ou o critério adotado e o objetivo a ser almejado*²³

No que tange, especificamente, ao **primeiro elemento**, a jurisprudência internacional vem entendendo que, caso se verifique que determinada medida causa efeitos adversos sobre grupos marginalizados, há uma **presunção de discriminação prima facie em favor dos mesmos**.

Assim, o ônus da prova de que não há qualquer violação ao princípio da igualdade caberá a quem editou o ato²⁴, devendo demonstrar que, na prática, a criminalização do aborto não gera efeitos nefastos e desproporcionais sobre as mulheres negras e pobres.

²¹ A doutrina atribui o surgimento da teoria à Suprema Corte norte-americana, que, no caso *Griggs v. Duke Power Co.* A teoria também já foi abraçada por este Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 1.946/DF, instrumento por meio do qual se discutia a (in)constitucionalidade do artigo 14 da emenda constitucional n.º 20/1988.

²² GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

²³ CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceitos, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 123.

²⁴ Especificamente sobre o ônus da prova, o Tribunal de Justiça Europeu vem aplicando o art. 4.º da Diretiva 97/80, que prevê que cabe ao réu demonstrar que não houve violação ao princípio da igualdade quando, em princípio, se esteja diante de uma discriminação indireta, vide o Caso *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* de 2005. No mesmo sentido, decidiu a Corte Constitucional da Colômbia nas *sentencias de tutela* n.º T-026/96 e T- 291/09.



Ocorre que as estatísticas não deixam mentir. Como visto acima, a grande maioria das mulheres processadas pelo crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do CP) é negra (preta ou parda), possui baixa escolaridade e renda, bem como reside em locais periféricos.

O perfil socioeconômico decorre da dificuldade de acesso à educação sexual e aos métodos contraceptivos; da ausência de condições financeiras para custeio dos cuidados com um novo filho; e também do fato de realizarem o aborto de forma absolutamente insegura, o que enseja maior propensão a terminarem o procedimento – *quando não mortas* – no Sistema Único de Saúde, onde se tornam presas fáceis do sistema penal, revitimizadas por quem, justamente, lhes deveria oferecer apoio.

Para além dos dados objetivos acima demonstrados, vê-se que a própria doutrina reconhece esse recorte, nos termos do magistério de Daniel Sarmiento:

E se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais frequentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações²⁵. (Grifos nossos.)

É patente, portanto, que, de fato, a criminalização do aborto gera maior impacto com relação às mulheres pobres e negras.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. p. 49-50. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em 09/11/2017.



Com relação, por sua vez, ao **segundo elemento**, salta aos olhos que esse impacto é absolutamente desproporcional.

Nesse ponto, deve-se perquirir se (i) há adequação lógica entre a medida e a sua finalidade (*adequação*); (ii) há outras medidas possíveis que atingem a mesma finalidade em igual intensidade (*necessidade*); e (iii) se a restrição aos demais princípios em jogo é excessiva, à luz dos ganhos trazidos com a finalidade pretendida (*proporcionalidade em sentido estrito*)²⁶.

De início, não há, a toda evidência, *adequação*, haja vista que o objetivo da criminalização é (i) prevenir a prática da conduta e, por via de consequência, proteger o feto (função preventiva da pena); e (ii) punir aquele que, eventualmente, a houver praticado (função retributiva da pena).

A ausência de atendimento à função preventiva da pena é demonstrada ao se constatar que a grande maioria dos abortos inseguros que ocorre no mundo – 97% – é realizada em países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina, continentes nos quais, justamente, há farta quantidade de leis e políticas contrárias ao procedimento. São os números apontados na recentíssima pesquisa da Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁷, divulgada em 28/09/2017.

Com efeito, segundo a OMS, restringir o acesso ao procedimento não reduz o número de abortos realizados.

²⁶ Utiliza-se, aqui, o princípio da proporcionalidade teorizado, com maior destaque, por Robert Alexy em *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, passim.

²⁷ Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortion-worldwide/en/> Acesso em 03/10/2017.



De fato, a conclusão amolda-se à realidade brasileira. Na última Pesquisa Nacional do Aborto, desenvolvida no ano de 2016 por Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro (Universidade de Brasília), constatou-se que, em 2016, aos 40 anos de idade, **quase uma em cada cinco mulheres brasileiras já fez aborto (1 em cada 5,4)**²⁸.

Por isso, concluíram que *-a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social*²⁹.

No mesmo sentido, concluiu o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³⁰, segundo o qual mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto na vida. Destes, 1,1 milhão de abortos foram provocados.

Assim, percebe-se que a criminalização do aborto, nos moldes concluídos pela OMS e escancarados na realidade brasileira, **não atende à função preventiva da pena, consistindo o seu cometimento em verdadeira prática enraizada na sociedade.**

Tampouco atende à função punitiva da pena, em razão (i) do grande número de abortos realizados, como nas pesquisas recém mencionadas, em comparado ao **pequeno número de pessoas que chegam ao sistema penal;** e (ii) da farta aplicação da medida despenalizadora da **suspensão condicional do processo** (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

²⁸ Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04/10/2017.

²⁹ Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 04/10/2017.

³⁰ Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>. Acesso em 05/10/2017.



Segundo a Diretoria de Pesquisa da Defensoria Pública, em 64% dos processos que tramitam no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, houve aceitação à proposta oferecida pelo Ministério Público, pelo que não houve formação da culpa, tampouco responsabilização penal.

Ademais, além de não haver, concretamente, atendimento às funções preventiva e punitiva da pena, verifica-se que não há *necessidade* da criminalização do aborto.

Isso porque existe uma série de outras medidas adequadas aos fins propostos que podem ser adotadas pelo Estado e que, em contrapartida, não acarretaria nenhum ou menos impacto sobre grupos vulneráveis.

Por exemplo, para o Instituto Guttmacher³¹, **investir em contraceptivos e saúde materna e neonatal significa evitar menos de 36 milhões de abortos induzidos (queda de 74%) e 224 mil mortes maternas (queda de 73%).**

De fato, não se vê, na realidade brasileira, a efetivação de políticas públicas destinadas à prevenção da gravidez e ao planejamento familiar, em que pese a importância de preparar as mulheres para tomar decisões autônomas sobre sua fecundidade e saúde em geral, em atenção a uma educação emancipadora e laica.

Não por outra razão que, na recente Revisão Periódica Universal elaborada por Estados-membros das Nações Unidas, a Suíça recomendou, ao Brasil, que seja garantido o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, incluindo *-contracepção e contracepção de emergência, e aborto seguro para*

³¹ Disponível em: <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/adding-it-up-contraception-mnh-2017>. Acesso em 03/10/2017.



todas as mulheres, sem discriminação, o que também foi reiterado pelo Uruguai.

Há, então, uma série de outras **medidas menos gravosas** que poderiam ser adotadas como políticas públicas pelo Estado e que teriam grande efetividade no que toca à redução do número de abortos, como elucida Daniel Sarmiento:

Sem embargo, a experiência já comprovou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intra-uterinas **não é a repressão criminal**. Ao invés disso, outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais, como, por exemplo, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma 'escolha de Sofia' entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas³². (Grifamos.)

Por fim, tampouco está presente a *proporcionalidade em sentido estrito*, já que a criminalização do aborto promove muito mais restrições – quando não aniquilações – aos direitos fundamentais das mulheres do que ganhos com a proteção do feto.

Sobre o tema, manifestou-se, recentemente, o Exm.^o Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC n.^o 124.306-RJ:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao

³² SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. p. 40. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em 09/11/2017.



sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

Assim, por um lado, a criminalização demonstrou produzir reduzidíssimo grau de proteção aos direitos do feto, por não ter aptidão para reduzir o índice de aborto, como demonstrado, o qual permanece sendo enraizado na cultura local e se torna cada vez mais inseguro, à luz da ausência de fiscalização e regulamentação estatal.

Por outro, violam-se os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia, a integridade psicofísica, a saúde e a vida da mulher, sendo esta maculada não só sob a ótica de *estar viva*, mas também pela perspectiva de impedir a criação e o desenvolvimento de um projeto de vida para si, como será demonstrado adiante.

Também sob o enfoque de gênero, em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos³³ julgou o caso *Artavia Murillo* e considerou que a norma que proibia fertilização *in vitro*, apesar de aplicável a todos indistintamente, gerava discriminação indireta sobre pessoas que dependiam do tratamento para exercer sua autonomia reprodutiva. Entendeu-se que, em especial, havia

³³ Há muito, a Corte Interamericana manifesta-se favoravelmente à proteção ao princípio da igualdade e não discriminação, sob a vertente da vedação à discriminação indireta, como se pode notar, v.g., da Opinião Consultiva n.º 18/2003; do Caso das Meninas *Yean Bosico v. República Dominicana*, 2005; do Caso *Yatama v. Nicarágua*, 2005.



impacto desproporcional com relação a mulheres, diante de um contexto social que impõe, sobre elas, estereótipos referentes à reprodução e à maternidade:

A Corte observa que a OMS assinalou que se bem o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminilidade é definida, muitas vezes, por meio da maternidade. Nessas situações, o sofrimento pessoal da mulher infecunda é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, à estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.³⁴³⁵

Ainda no caso *Artavia Murillo*, a Corte também reconheceu a existência de discriminação indireta sob o viés socioeconômico, por ter entendido que a vedação à fertilização *in vitro* gerava efeitos, especialmente, contra casais que não possuíam condições financeiras para realizar o procedimento em outros países.

Por fim, a incidência especial sobre mulheres negras (pretas e pardas), como demonstrado nas pesquisas acima, não pode ser desconsiderada.

Cuida-se de mais uma forma de discriminação opaca proveniente da naturalização de se enxergar o afrodescendente como subordinado, ainda que de forma não intencional, valendo-se transcrever a doutrina de Daniel Sarmento:

³⁴ Tradução livre do original: *-La Corte observa que la OMS há señalado que si bien el papel y la condición de la mujer em la sociedade no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. Em inestabilidad del matrimonio, a la violencia domestica, la estigmatización e incluso el ostracismo*ll. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) v. Costa Rica*. 28 de novembro de 2012.

³⁵ Também sob o enfoque de gênero, em 1981, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, decidiu que havia discriminação indireta na distinção salarial realizada com relação a trabalhadores de meio período e trabalhadores de período integral, haja vista que aqueles eram compostos, predominantemente, por mulheres. Com base no mesmo fundamento, em 1989, no caso *M.L. Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, a Corte entendeu que também gerava discriminação indireta a normativa que vedou benefícios previdenciários por incapacidade em favor de trabalhadores de meio período.



Na verdade, no campo da igualdade étnico-racial, há fortes razões para a incorporação da análise da discriminação indireta. (...)

Ora, também no Brasil, a internalização da naturalidade da subordinação do afrodescendente compromete a capacidade de visualização da opressão racial. E este fenômeno não ocorre apenas no âmbito das consciências individuais, mas também no espaço das interações sociais, sendo agravado entre nós pela persistência do mito nacional da democracia racial. Assim, a discriminação torna-se opaca e a prova da intenção discriminatória difícil de ser produzida. Por isso, muito mais eficaz para o combate à estigmatização dos negros é a análise dos efeitos concretos de certos atos individuais ou coletivos sobre eles, através da teoria do impacto desproporcional, que teria a virtude de alcançar também aos efeitos do racismo inconsciente³⁶.

Nesse contexto, não há que se perquirir eventual intenção discriminatória do legislador quando da tipificação do crime de aborto. Nem com relação às negras, nem com relação às pobres, nem com relação às mulheres em geral. Trata-se de análise absolutamente irrelevante para constatar a existência da discriminação indireta ou não.

Basta, ao revés, que exista a adoção de um critério, em princípio, neutro e a criação de **impactos desproporcionais** a determinados indivíduos ou grupos vulneráveis no plano dos fatos.

Sobre o tema, a Corte Constitucional da Colômbia já asseverou que a discriminação indireta pode ser produto de manifestações inconscientes que sejam resultado de costumes ou rotinas arraigadas social e culturalmente e cuja conotação discriminatória não é visibilizada ou reconhecida como tal, nem sequer verbalizada ou expressa claramente:

Muitas vezes, pode acontecer que, por exemplo, pessoas que rejeitam abertamente o sexismo, em certos contextos (como no local de trabalho ou a nível de relações pessoais privadas) assumirem posições ou atitudes claramente machistas que acabam excluindo as mulheres de certos espaços de vida familiar, social, econômica, política e cultural; ou inversamente, pode acontecer que uma

³⁶ SARMENTO, Daniel. *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação -De Facto, Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afirmativa*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 150-151.



pessoa com inclinações discriminatórias baseadas em gênero, etnia ou nacionalidade, em certos contextos, aja de maneira oposta³⁷.

Por isso é que o *-que importa são as consequências do fato. Se produz, ou não, em concreto, a discriminação proibida. Não importa qual seja a intenção*³⁸, como afirmado pelo Ministro Nelson Jobim, fazendo expressa referência ao caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte Norte-americana, quando do julgamento da ADI n.º 1946/DF.

Logo, tendo em vista que restou absolutamente demonstrada a maior incidência da criminalização sobre mulheres pobres e negras, verifica-se que os tipos penais em questão promovem a sua parcela de contribuição para perpetuar e aprofundar múltiplos níveis de desigualdade e subordinação.

IV. UMA ANÁLISE TEÓRICA DA INCRIMINAÇÃO DO ABORTO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

“Que ele não queria que a declarante abortasse, mas também sumiu; que não queria ser pai; que homem some, a mulher que fica com a criança.” (M.C.G., solteira, negra, desempregada, 22 anos quando do aborto, Rio de Janeiro)

Não bastassem as consequências concretas da criminalização do aborto sobre os direitos fundamentais das mulheres e sobre o aprofundamento das desigualdades já presentes nas relações sociais, uma investigação teórica à luz da criminologia feminista permite compreender, ainda, que **a**

³⁷ Tradução livre de: -suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral ou en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias en razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, en ciertos contextos puede actuar de modo opuesto. (COLOMBIA, Tribunal Constitucional. *Sentencia de constitucionalidade* n.º C- 671/14, 10 de setembro de 2014.)

³⁸ No mesmo sentido, a Suprema Corte do Canadá já teve a oportunidade de se manifestar nos Casos *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears* e *Caso Benner v. Canada*.



incriminação desta conduta está visceralmente ligada ao estabelecimento de relações de poder entre homens e mulheres.

IV.A) PANORAMA HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A maior parte das religiões pré-cristãs tinham o costume de culto a deidades femininas, principalmente com relação à fertilidade e à sexualidade. São exemplos Pótnia, dos povos do período neolítico na Anatólia, Ísis, dos egípcios; Ishtar, dos babilônicos (Astarte, dos fenícios, e Asterote, dos filisteus); Nammu, dos sumérios; Nu Gua, dos chineses; Tlautenti, dos astecas; Era Ix Chel, dos maias; Brighid, dos Celtas; Easter, dos Nórdicos; além de uma gama de deusas greco-romanas, como Deméter (Ceres), Afrodite (Vênus) e Artêmis (Diana).

Com a expansão do catolicismo, principalmente quando da adesão do Império Romano, e o culto a um Deus único, referido sempre no masculino, e a seu filho, também do gênero masculino, a predominância do **patriarcalismo** tomou lugar nas sociedades ocidentais, com reflexos até os dias atuais, em maior ou menor grau, a depender do país.

O ápice da confusão entre Estado e Igreja se deu durante a Idade Média, período em que houve a —expropriação do conflito, isto é, o Soberano tomou o lugar dos particulares para ser o único legitimado a resolver os conflitos entre eles, passando a punir aqueles que tivessem cometido crimes. A influência da Igreja trazia uma identidade quase perfeita entre crime e pecado, de modo que, ao fim e ao cabo, era a Igreja que definia que condutas deveriam ser penalizadas.

E foi a Igreja a pioneira na —racionalizaçãoll do sistema punitivo, isto é, a primeira a buscar fundamentar os motivos de se punir alguém, os métodos utilizados para se —processarll alguém e as formas de se aplicar a pena a



alguém. Esse sistema recebeu o nome de Santa Inquisição e, por meio dela, Estado e Igreja, confundidos em um mesmo corpo orgânico, passariam a criminalizar condutas e pessoas, aplicar e executar suas penas.

Na verdade, tratou-se de uma maneira impecável de controle ideológico-religioso da sociedade. Os poderes dos inquisidores eram virtualmente irrestritos e sua fundamentação, incontestável. As práticas indesejadas eram rapidamente criminalizadas, com algum fundamento metafísico, alicerçados em dogmas e premissas irrefutáveis racionalmente.³⁹

Além das condutas indesejadas, Igreja e Estados passaram a **criminalizar grupos minoritários igualmente considerados repulsivos, cada qual por um motivo**. Assim aconteceu com judeus, muçulmanos e estrangeiros, em geral. No entanto, em dado momento, a mira cristã se voltou contra um grupo francamente majoritário: o gênero feminino.

A maior obra literária produzida pela Inquisição possivelmente foi o *Malleus maleficarum*, traduzido como *O martelo das bruxas* ou *O martelo das feiticeiras*. Seus autores, Heinrich Kramer e James Sprenger, eram inquisidores e se dedicaram a sistematizar na obra como uma pessoa se tornava uma bruxa, como identificar uma bruxa, quais malefícios uma bruxa poderia produzir, que métodos seguir para se processar uma bruxa, quais penas aplicar-lhes e como executá-las.

Os autores sustentam abertamente que **as mulheres seriam mais propensas a um pacto demoníaco**⁴⁰. Justificavam uma **inferioridade física**

³⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, pp. 52-55.

⁴⁰ -Há três coisas insaciáveis, quatro mesmo que nunca dizem: Basta! A quarta é a boca do útero. Pelo que, para saciarem a sua lascívia, copulam até mesmo com demônios. Poderíamos adiantar ainda outras razões, mas já nos parece suficientemente claro que não admira ser maior o número de mulheres contaminadas pela heresia da bruxaria. E por esse motivo



no fato de a mulher ter surgido da costela (apenas uma parcela) de Adão; uma **inferioridade moral** no fato de a costela ser curva (em oposição à retidão dos homens); e uma **inferioridade religiosa**, já que –femininoll derivaria de -fe minusll (algo como —menos féll), uma falsa dedução etimológica.

O rol de condutas atribuíveis a bruxas era tão extenso e aberto que praticamente nada do que uma mulher costumasse fazer escapava de enquadramento. Contudo, há destaque para o exercício de conhecimentos científicos ou paracientíficos⁴¹, como aqueles relacionados à gestação e ao parto, assim como comportamentos que indicassem maior grau de liberdade e autonomia, seja social, político ou sexual⁴².

Com relação especificamente à questão em análise, *O martelo das bruxas*, assim como a bula *Summis desiderantes affectibus*, do Papa Inocêncio VIII, enuncia **sete métodos pelos quais os atos de bruxaria infectam o ato**

convém referir-se a tal heresia culposa como a heresia das bruxas e não a dos magos, dado ser maior o contingente de mulheres que se entregam a essa prática. E abençoado seja o Altíssimo, Que até agora tem preservado o sexo masculino de crime tão hediondo: como Ele veio ao mundo e sofreu por nós, deu-nos, a nós homens, esse privilégio! (KRAMER, Heinrich. SPRENGER. James. *O Martelo das Feiticeiras*, 1484. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2009, p. 114, *apud* PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o Feminino na visitação inquisitorial ao Arcebispado de Braga (1565)* in *Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades*, Revista Brasileira de História das Religiões, v. 3, n. 9, Maringá, jan/2011, p. 3).

⁴¹ PEREIRA, Juliana Torres Rodrigues. *Bruxaria e o Feminino na visitação inquisitorial ao Arcebispado de Braga (1565)* in *Questões teórico-metodológicas no estudo das religiões e religiosidades*, Revista Brasileira de História das Religiões, v. 3, n. 9, Maringá, jan/2011, p. 2.

⁴² -Segundo alguns autores, as mulheres teriam se mostrado menos dispostas a aceitar o confisco dos conflitos comunitários e a apropriação burocrática de todos os tipos de saberes. Com efeito, a mulher é, naturalmente, a transmissora geracional de cultura e por isso devia ser reprimida ou amedrontada para que se imponham linguagens, religiões e modelos políticos novos. (...) Assim, o Manual que comento chamaria, com dureza, de possíveis bruxas aquelas mulheres com especial competência para evitar concepções ou ajudar no parto, bem como aquelas que detinham outros conhecimentos na área da saúde ou podiam influir sobre pessoas com poder. (...) São claramente referenciadas aquelas mulheres que tinham conhecimentos sanitários – parteiras – ou que mantinham relações sexuais com algum domínio da situação, todas elas acusadas de criar impotência no homem, matar crianças ou fetos ou influir nas decisões dos homens, sobretudo se estes eram poderosos! (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Traduzido por Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, pp. 57-59).



sexual e a concepção do útero. O sexto modo é exatamente provocando o aborto, seja em si própria, seja em outra mulher.

Também, a primeira parte da obra é dividida em questões e a Questão XI assim dispõe: *-as bruxas que são parteiras, de diversas maneiras, matam a criança concebida no útero e praticam um aborto; ou, se não o fazem, oferecem o recém-nascido aos demônios*⁴³.

A influência cristã pode não mais gerar a perseguição desenfreada e a queima de mulheres em fogueiras de praças públicas, mas está presente ainda nos dias atuais: o modo como o Estado e a sociedade traçam sua política criminal e produzem suas leis penais é apenas mais um viés de uma sociedade construída sobre um **modelo patriarcal.**

IV.B) PATRIARCALISMO E INFERIORIDADE FEMININA

“Que a declarante soube por sua filha que Diego não queria ser pai da criança porque não estava preparado para tal e que, com o nascimento da criança, sua carreira ia ser estragada (...); que sua filha não queria tirar a criança, isto é, abortar; (...) que sua filha ficou na casa deles [Diego e da mãe dele, Maristela] até o dia 10 de maio, sendo nesse dia a menina levada, às pressas, para o HE Carlos Chagas (...); que sua filha foi levada para o Hospital Alexander Fleming, porquanto o estado dela era muito grave, segundo uma médica, pois ela tinha sido vítima de um aborto, tendo, naquele momento, a declarante, bem como a médica (...) ouvido de sua filha que quem cometeu tal crime foi Maristela, com um talo de mamona (...); que, daquele hospital, sua filha foi levada para o HGB, local onde veio a falecer”. (D.E.D.P.C., mãe de vítima, Nova Iguaçu).

⁴³ Traduzido livremente a partir do trecho em inglês: *-That witches who are midwives in various ways kill the child conceived in the womb, and procure an abortion; or if they do not this offer newborn children to devils* (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum*, 1486. Traduzido pelo Reverendo Montague Summers, Edição Online, 2000, p. 147. Disponível em <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusAcrobat.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2017).



Posteriormente, com o desenvolvimento dos ideais iluministas, a Razão tomou um lugar de destaque na sociedade e a Ciência passou a ter cada vez mais credibilidade. Com isso, apesar de ainda estar impregnado pelas crenças cristãs, o Estado passou a adotar um discurso menos religioso e mais -científicoll, afinal, tudo o que se mostrava racional e científico adquiria, imediatamente, maior credibilidade.

A modernidade trouxe consigo a necessidade de se justificar a perseguição e o controle das -classes indesejadasll por meio da Ciência, não mais da Religião. Sob o paradigma do positivismo científico, diversos autores passaram a identificar e a classificar **categorias humanas subalternas, como negros, loucos, anarquistas, mulheres**. Talvez a mais famosa obra com essas características seja *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, um dos maiores expoentes da Escola Positivista Italiana.

A mulher, nesse contexto, era retratada como **inferior em sua essência**, com mentalidade comparada à de crianças e tratada como objeto. Seu papel na sociedade era muito bem definido e o menor desvio desse percurso desafiava a necessária correção.

Não é preciso dizer que muitas dessas características identificadas como desviantes dizem respeito à sexualidade. O mesmo Lombroso, em sua obra *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, escrito em coautoria com Guglielmo Ferrero, apontou como características de mulheres desviantes a assimetria craniana e facial, a acentuação da mandíbula, o estrabismo, a irregularidade dos dentes, a saliência do clitóris, o maior tamanho dos pequenos e dos grandes lábios vaginais, além da sexualidade exacerbada e da presença de —perversãoll, sinalizadas normalmente pela prática da masturbação e do lesbianismo.⁴⁴

⁴⁴ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman*. Traduzido por Nicole Hahn Rafter e Mary Gibson. Durham: Duke University,



Ainda na legislação brasileira atual, os signos do patriarcalismo permanecem fortemente presentes e indicam que o modo de organização social contemporânea não superou a ideia de inferioridade feminina e continua baseada numa hierarquia entre gêneros.

Os exemplos são inúmeros. Até 2005, o art. 215 do Código Penal somente punia aquele que se valesse de fraude para manter conjunção carnal com *-mulher honesta*, de modo que se presumia a existência de mulheres —desonestas, e que estas (quem quer que fossem) não mereceriam a proteção do Estado no caso de serem enganadas para fazerem sexo.

O mesmo vale para o aumento de pena, se a mulher fosse virgem (mulheres não virgens mereceriam, assim, menor proteção), na forma do parágrafo único do art. 215. Isso não é à toa. A virgindade era algo caro, não só para a mulher, mas principalmente para os homens, futuros pretendentes. —Oferecer uma mulher —virgem e honesta era importante para uma família e, em especial, para um pai. Desse modo, retirar a virgindade de uma mulher mediante fraude era mais grave. O dano à sociedade e àquela família, sobretudo, era maior.

Da mesma forma, os crimes sexuais se encontravam sob a rubrica de *-Crimes contra os costumes*. A visão era a de que o estupro, por exemplo, atingia de modo principal a moral pública, não a mulher. Aquele que estupra estaria violando os bons costumes, ofendendo a sociedade inteira (inclusive os homens), mais do que aquela mulher que foi estuprada.

2004, *apud* FARIA, Thaís Dumê. *A Mulher e a Criminologia: relações e paralelos entre a história da Criminologia e a história da mulher no Brasil*, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010, p. 6072.



Além da sociedade, é expressa a proteção maior à família da mulher do que a ela própria. O art. 221 do Código Penal previa que a pena era diminuída pela metade se, após o rapto, *-o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família*. Note-se: se houvesse a prática de ato libidinoso, tanto fazia *-devolver* ou não à família, porque aquela mulher já não *—valia* mais tanto.

A legislação também previa a possibilidade de se afastar a punibilidade daquele que se casasse com a mulher que tivesse estuprado (art. 107, inciso VII, do Código Penal). Não é preciso dizer a pressão que era exercida para arranjar esse casamento, tanto por parte do agressor descoberto e de sua família, quanto por parte da família da própria vítima, que ficava constrangida com o ocorrido e via as possibilidades de encontrar um marido para ela sensivelmente diminuídas (exceto pelo próprio estuprador).

Mais estarrecedor era o inciso seguinte, que extinguiu a punibilidade do agressor se a vítima se casasse com terceiro! Isso quer dizer que, se ser estuprada não eliminasse as chances de encontrar um pretendente, o estuprador não merecia mais nenhuma sanção. Fica evidente que o tipo penal não protegia a mulher, mas seu *—valor* para encontrar um marido. Logo, se o estupro não diminuiu esse valor e a mulher conseguiu um marido, quer dizer que o estupro não causou mal punível algum! É incrível que esse inciso tenha permanecido em vigor até o ano de 2005.

A legislação penal não estava dirigida à proteção da mulher, mas da sociedade (em seus costumes), da família, da moral e, até mesmo, do agressor.

O capítulo dos crimes contra os costumes do Código Penal Brasileiro sofreu revisão no século XXI. Todavia, observa-se a persistência na



práxis judicial dos fatores morais e religiosos, no julgamento de crimes sexuais. Ademais, outras normas jurídicas fundadas na ideia de inferioridade feminina permanecem em nossa legislação, como é o caso do aborto.

IV.C) A PUBLICIZAÇÃO DO CONFLITO, A VITIMIZAÇÃO DO ESTADO E O ABORTO

“que o declarante é inspetor de polícia lotado na 4ª DP e plantonista no Hospital Municipal Souza Aguiar; que, no dia de hoje, por volta das 11 horas, estava em sua sala no hospital quando foi procurado pelo Chefe da Equipe de Enfermagem, que lhe comunicou sobre uma paciente que estaria abortando; que o declarante se dirigiu até a „sala vermelha“, onde se encontrava a nacional C. (...); que o declarante disse que era assistente social, que estaria para ajudá-la e disse que ela teria que lhe dizer a verdade; que C. relatou ao declarante que fez o aborto, porque já possuía um filho e não teria mais condições de ter outro (...)”. (A.S.O., policial, Rio de Janeiro).

O Estado Brasileiro realiza uma opção política ao manter a criminalização do aborto, mesmo que até o terceiro mês de gravidez. Está elegendo (contra as evidências científico-rationais) a destituição do poder das mulheres sobre o próprio corpo. Está levando às últimas consequências a publicização do corpo e da vida da mulher.

Agindo como uma espécie de —proprietário do feto, o Estado manifesta um interesse enorme em seu nascimento (mesmo que este seja pouco mais do que um aglomerado de células, como na primeira semana de gestação), que é capaz de **se sobrepor aos interesses legítimos da mulher**, que é um ser humano formado, com corpo, sistema neurológico, emoções, plano de vida, relacionamentos, posição social, enfim, um ser complexo e detentor de direitos que são infinitamente mais afetados pela criminalização do que o inverso.

No caso do aborto, o discurso racional moderno que procura justificar a punição é apenas isso: discurso. Mesmo que a Ciência comprove



que a interrupção da gravidez até determinado estágio **não causa dor ao feto ou que demonstre a inviabilidade de determinadas gestações, o Estado ainda cede à fé, às crenças, às opiniões pessoais, às tradições, enfim, ao irracional.**

Se o Direito Penal é encarado como a *ultima ratio* para manter a pacificação da sociedade, isto é, corrigir e prevenir danos sociais, não é preciso mais do que a análise dos números e um exercício de raciocínio simples para perceber que a criminalização produz mais danos ao tecido social do que pretende coibir.

Como visto no capítulo III acima, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não serve para as finalidades declaradas da punição. Então, é necessário responder à pergunta: para que ou para quem a norma incriminadora do aborto serve em um Estado Democrático de Direito?



V. O DIREITO À VIDA E À AUTONOMIA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos à vida e à autonomia privada são dispostos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos nos seguintes termos:

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral**, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada**, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

V.A) O DEVER DE COMPATIBILIZAR A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER

A partir da Constituição da República e dos diplomas internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro, não há como se extrair que o direito à vida seja apto a embasar o cerceamento do direito da mulher à escolha pela interrupção da gestação.

Isso porque, enquanto na CRFB/88 (art. 5.º, *caput*), não há nenhuma disposição específica sobre o momento de surgimento da vida humana nem sobre o marco temporal a partir do qual ela deve ser protegida; na CADH (art. 4.1), assegura-se que *-toda pessoa* tem direito à vida e que este deve ser protegido, *-em geral, desde a concepção*.

Não se trata, contudo, de simples coincidência. Ao revés, a ausência de disposição sobre o momento de surgimento da vida humana no ordenamento internacional e interno decorre da própria ausência de consenso científico sobre



isso, como já reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete final da CADH⁴⁵⁴⁶.

Apesar desse obstáculo, o referido tratado internacional, como visto, assegurou a sua proteção *-em geral, desde a concepção*^{oll}.

Muito embora tampouco exista consenso científico sobre o momento da concepção⁴⁷, prevalece que ocorre com a implantação do embrião no útero materno. Assim, segundo a disposição da parte final do art. 4.1 da CADH, o

⁴⁵ -As partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado -ser humano^{oll}. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano, enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno. Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso. (...) Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que **não existe uma definição consensual sobre o início da vida**. Entretanto, para a Corte **é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena**. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. **Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham**.^{oll} Item 183 do *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

⁴⁶ No mesmo sentido, tem-se o entendimento de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973); Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido, *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto do juiz Munby, par. 54 e 60; Corte Suprema de Justiça da Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentença de 15 de dezembro de 2009, [2009] IESC 82; Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006. Ver, ainda, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Caso Vo. Vs. França*, (n.º 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

⁴⁷ -A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo -concepção^{oll}. Uma corrente entende -concepção^{oll} como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião. Outra corrente entende -concepção^{oll} como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero. O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião.^{oll} Item 180 do *Caso Artavia Murillo*.



direito à vida deve ser protegido, *em geral*, desde a implantação do embrião no útero materno.

A maior controvérsia, no entanto, paira sobre a interpretação da locução *-em geral*. Segundo a Corte, *-a interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular*⁴⁸.

Quando dos debates que ensejaram a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, alguns Estados problematizaram, justamente, que a previsão, sem ressalvas, de proteção ao direito à vida desde a concepção tornaria incompatíveis com a CADH normas internas que autorizassem a realização de aborto.

Por isso, para **conciliar a norma da CADH com a possibilidade de realização de interrupção da gestação**, a solução encontrada foi incluir a expressão *-em geral* na referida norma⁴⁹, buscando deixar claro que inexistiria incompatibilidade com a Convenção quando da edição de lei interna autorizando o aborto.

Situação semelhante, inclusive, ocorreu durante os trabalhos preparatórios para a Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH)⁵⁰. Esta, inicialmente, iria prever a proteção ao direito à vida também em favor dos que estivessem ainda por nascer; todavia, se optou pela supressão dessa

⁴⁸ Item 188 do *Caso Artavia Murillo*.

⁴⁹ Itens 201 a 221 do *Caso Artavia Murillo*; Cf. *-Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Partell, OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.*

⁵⁰ Itens 194 a 200 do *Caso Artavia Murillo*.



expressão final visando a, justamente, evitar a incompatibilidade de normas internas que permitissem o aborto⁵¹.

No plano do sistema das Nações Unidas, o mesmo ocorreu durante a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵² e da Declaração Universal de Direitos Humanos⁵³.

Assim, da interpretação do art. 4.º, inciso 1 da CADH, se extrai que toda pessoa tem direito à vida, que deve ser protegido, em geral, desde a implantação do embrião no útero, mas isso **não obsta que leis internas prevejam aborto**. O alegado direito à vida do nascituro, então, **não seria um direito absoluto, comportando exceções em casos em que conflitasse com outros direitos fundamentais e humanos e se reputasse, por ponderação, que estes deveriam prevalecer**.

Mais especificamente, consolidou a Corte Interamericana sua interpretação do artigo 4.º no tema do aborto quando do julgamento do Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, no qual se decidiu que **o nascituro não pode ser entendido como uma pessoa, titular de direitos da mesma forma que os que já nasceram**. Seu direito à vida é tutelado por meio da proteção da mulher e, conseqüentemente, não pode se dar às custas dos direitos desta:

A expressão -toda pessoa é utilizada em vários artigos da Convenção Americana⁵⁴ e da Declaração Americana.⁵⁵ Ao analisar todos estes artigos, **não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos**. Além disso, tendo em consideração o já argumentado, no sentido [de] que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 supra), pode-se concluir, em relação ao artigo 4.1 da

⁵¹ Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela.

⁵² Item 225 do Caso Artavia Murillo.

⁵³ Item 224 do Caso Artavia Murillo.

⁵⁴ A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 e 25.2 da CADH.

⁵⁵ Vide artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da DADH.



Convenção, que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, **a mulher grávida**, em vista de que **a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher**, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a -conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.

(...)

Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê -CEDAW, por suas siglas em inglês) deixam claro que **os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação**.⁵⁶

O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo **potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde**.⁵⁷ O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.^{58, 59}

Logo, para a Corte Interamericana, o aborto não viola o direito à vida do feto, pois, muito embora o nascituro deva ser protegido, não é pessoa, pelo que essa proteção nunca pode se dar à custa dos direitos à dignidade, autonomia e integridade psicofísica da mulher, os quais prevalecem.

V.B) A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: MATERNIDADE VOLUNTÁRIA. A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA. A VEDAÇÃO À TORTURA E A TRATAMENTO CRUEL E DEGRADANTE

“Que afirma que foi no dia 12 do corrente para a cidade do Rio de Janeiro, juntamente com Rômulo [pai do feto] (...); que a declarante sabia que ia fazer um aborto, mas, mesmo sem querer cometer tal ato, para lá foi levada por Rômulo, e não teve condições de reagir e evitar pois estava muito amedrontada e psicologicamente dominada por Rômulo, pois

⁵⁶ Caso L.C. Vs. Peru, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

⁵⁷ Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1996).

⁵⁸ Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999). No mesmo sentido, Corte Interamericana, Caso Artavia Murillo, item 260.

⁵⁹ Itens 222 e 227 do Caso Artavia Murillo.



achava que ele era policial e tinha arma (...); agora está tomando medicamento antidepressivo; que a declarante informa que continua com muito medo de Rômulo.” (S.S.A., solteira, branca, do lar, 23 anos quando do procedimento, Duas Barras/RJ).

Ademais, como visto, a CADH assegura o direito à vida *privada*, expressão que, segundo a Corte, alcança as **escolhas individuais de vida**:

O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade⁶⁰.

A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à **autonomia pessoal**, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.⁶¹

A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais⁶², e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a **maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres**⁶³.

Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que **a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico.**⁶⁴

O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, **a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.**⁶⁵

Com efeito, dizer que as mulheres possuem **direito à liberdade e à autonomia privada** significa dizer que podem **viver suas vidas pautando-se**

⁶⁰ *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 135.

⁶¹ *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010, par. 119, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162.

⁶² Na Corte Interamericana, ver *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, par. 119 e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o tema é abordado no *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, par. 29, e no *Caso Peck Vs. Reino Unido*, par. 57.⁶³ *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, par. 97.

⁶⁴ *Caso Artavia Murillo e outros Vs Costa Rica*, par. 143.

⁶⁵ *Caso Artavia Murillo e outros Vs. Costa Rica*, par. 142. Ver, ainda, *Caso do Massacre de Ituango Vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de julho de 2006, par. 194, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 161.



por normas estabelecidas por elas próprias, conforme o que entendam que dá mais sentido à sua existência.

No que tange ao tema aqui analisado, é imperioso considerar que **a maternidade é e só pode ser uma escolha da mulher** e não uma imposição de terceiros ou do Estado. Assim, ela pode desejar ser mãe; pode não desejar o ser; e, mais ainda, pode determinar *quando* ser. A escolha realizada, qualquer que seja, não deve ser sancionada pelo Estado nem direta nem indiretamente, sob pena de afronta ao direito à liberdade e à autonomia privada.

A concretização dessa opção pela **não maternidade** deve ser efetivada não só por meio da utilização de terapias contraceptivas, mas também por meio da possibilidade de interrupção da gestação, notadamente, tendo em vista que aquelas são submetidas a risco de falha. O aborto, então, por vezes, será o instrumento para exercício da íntima decisão de não ser mãe e, conseqüentemente, do direito fundamental e humano à liberdade e à autonomia privada.

Ainda segundo a Corte Interamericana, o direito à vida privada (art. 11 da CADH) compreende a noção de **autonomia reprodutiva**:

O direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito -de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.⁶⁶ (Grifamos.)

⁶⁶ *Caso Artavia Murillo e outros Vs. Costa Rica*, par. 146. A mesma conclusão consta da Recomendação Geral n° 24 (A Mulher e a Saúde) do Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 02/02/99, pars. 21 e 31 b).



Ademais, além dos direitos à liberdade e vida privada, criminalizar a mulher que cometeu o crime de aborto significa violar, também, a sua integridade psicofísica e a sua saúde. Criminalizá-la é fazer com que ela viva em desconformidade com as suas próprias escolhas, impedindo a concretização de seus projetos pessoais, o que pode causar dano grave à sua integridade psicofísica e à sua saúde, pelos prejuízos gerados a seu bem-estar.

Nessa linha de entendimento, tem-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas⁶⁷, bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde⁶⁸. No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade⁶⁹. Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.⁷⁰ (Grifamos.)

⁶⁷ *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005, par. 205 e 206, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2012, par. 250.

⁶⁸ *Caso Vélez Loo Vs. Panamá*. Sentença de 23 de novembro de 2010, par. 220, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de junho de 2012, par. 137.

⁶⁹ *Caso Glass Vs. Reino Unido* (nº 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, par. 74-83; *Caso Yardımcı Vs. Turquia* (nº 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010; final, 28 de junho de 2010, par. 55 e 56, e *Caso P. e S. Vs. Polônia* (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm -a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life; ver também, ainda no Tribunal Europeu, *Caso McGinley e Egan Vs. Reino Unido* (nº 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

⁷⁰ *Caso Artavia Murillo e outros Vs. Costa Rica*, par. 147. No *Caso Penal Castro Castro Vs. Peru*, a Corte Interamericana também se manifestou no sentido de que a falta de atenção médica adequada pode ocasionar sofrimento físico ou psicológico adicional (Sentença de 25 de novembro de 2006, Mérito, reparações e custas, par. 302).



Por outra perspectiva, viola-se a **integridade psicofísica** (art. 5 da CADH), já que, como visto, criminalizar o aborto não significa impedir que ele ocorra, mas enseja, apenas, a ausência de fiscalização da sua prática e, por via de consequência, a legitimação do aborto inseguro.

Assim, o Estado brasileiro acaba por cancelar o risco de morte e de danos físicos e emocionais às mulheres que realizam o procedimento, impondo-lhes, por vezes, verdadeira **tortura, tratamento cruel e degradante**.

Em um dos casos analisados pela Defensoria Pública, o procedimento era realizado por duas mulheres (mãe e filha) que não possuíam formação médica. Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público que ambas realizaram três procedimentos abortivos.

No primeiro, introduziram um tubo de borracha flexível no útero da vítima e injetaram uma substância indeterminada. Diante do fracasso, introduziram uma agulha de tricô, o que deu ensejo não só à quebra desse objeto no interior do corpo da vítima, mas à perfuração do seu útero e da parede do intestino reto. Após fazer a vítima pernoitar no local, sem qualquer prestação de socorro médico adequado, a vítima, na manhã seguinte, expeliu o feto, apresentando intenso sangramento e hipertermia. Diante disso, iniciou-se o terceiro procedimento abortivo: a aspiração – provavelmente para retirar qualquer resíduo existente no útero –, o que fez com que parte das vísceras da vítima fosse expelida pelo canal vaginal. Somente após a constatação notória de que ela se encontrava morrendo, as acusadas procuraram socorro junto a uma terceira pessoa, também denunciada, que deixou a vítima no hospital.

Para além do aborto, submeter a mulher a um procedimento rudimentar como esse – utilizando uma agulha de tricô, aspirando suas vísceras e, ainda, não oferecendo sequer prestação de socorro em prazo



razoável – configura nada menos do que tortura ou, no mínimo, um tratamento cruel e degradante.

Verifica-se, pois, que a criminalização do aborto viola os direitos à liberdade, autonomia privada, integridade psicofísica e a não submissão à prática de tortura e tratamento cruel ou degradante, pelo que é incompatível com a CRFB/88 e com os tratados internacionais de direitos humanos, nos termos, notadamente, da jurisprudência da Corte Interamericana.

VI. (I) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA PRODUÇÃO DA NORMA INCRIMINADORA E RELEVÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO QUESTÃO MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Finalmente, passa-se a enfrentar o derradeiro argumento central dos petionantes contrários à declaração de não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, especialmente veiculado pela Advocacia Geral da União e pelas Casas Legislativas, qual seja: o fundamento do pluralismo político e a separação dos poderes da república (arts. 1.º, V, e 2.º, *caput*, da CRFB/88), que, segundo a AGU, recomendaria fosse a questão levada a debate no âmbito Poder Legislativo, a fim de garantir a legitimidade democrática de uma decisão majoritária.

VI.A) A QUESTÃO MAJORITÁRIA EXERCIDA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ELEMENTO LEGÍTIMO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A democracia, em primeiro lugar, pressupõe que haja prevalência da vontade da maioria, **sem, no entanto, desconsiderar os direitos fundamentais**, sejam estes titularizados por minorias quantitativas ou por



minorias políticas (grupos com baixa representatividade política nas Casas Legislativas).

Isso porque, como podemos colher do magistério do eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios⁷¹.

A própria previsão de direitos fundamentais na Constituição da República busca colocá-los **a salvo de maiorias parlamentares ocasionais, que busquem revogá-los**. Sua positivação na Constituição, com *status de cláusulas pétreas* (art. 60, § 4.º, da Carta Magna), tornou ao menos mais difícil sua supressão. No caso brasileiro, a supressão dos direitos fundamentais é proscrita por força do art. 60, § 4.º, da CRFB/88. Nas palavras da ilustre advogada e professora de Direito Constitucional Ana Paula de Barcellos:

À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios de deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. **Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais**⁷². (Grifamos.)

Por via de consequência, **o controle de constitucionalidade** – que é realizado, de maneira concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, da CRFB) – tem como um de seus fundamentos precisamente a proteção dos direitos fundamentais, ainda que contra uma maioria legislativa⁷³.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 58. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, p. 603. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade...*, p. 2.



Da mesma forma, a doutrina aponta que a contrariedade à Constituição pode ocorrer também por omissão, quando o Poder Legislativo deixa de editar norma necessária a dar eficácia a previsão constitucional, ou quando deixa de revogar expressamente norma que não seja compatível com a Constituição atual, permitindo que perdure dúvida sobre sua subsistência ou não e, conseqüentemente, que alguns órgãos insistam em aplicá-la, contrariando a Carta Magna⁷⁴.

É precisamente essa a situação que se verifica neste feito, no qual se examina a contrariedade por omissão à CRFB/88, haja vista o descumprimento pelo Poder Legislativo de seu dever de revogar de forma expressa dispositivos do Código Penal que são, consoante já demonstrado, incompatíveis com a Carta política adotada em 1988.

A citada omissão, como expusemos acima, representa, ainda, descumprimento do dever do Estado Brasileiro de respeitar tratados de Direitos Humanos já ratificados, internalizados e em pleno vigor, **com status supralegal, segundo os precedentes do próprio STF.**

Não há, pois, uma esfera de discricionariedade do Poder Legislativo para, com base numa decisão, ainda que majoritária, escolher emprestar ou não efetividade a direitos humanos vigentes. Afirma o constitucionalista Ingo Sarlet:

no que diz com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é lícito afirmar, na esteira da já clássica doutrina de Dürig, que esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico), a expressão jurídico-positiva da decisão

⁷⁴ Afirma Flávia Piovesan que -a omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar ou outros atos da Administração Pública. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2ª ed, p. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 apud MENDONÇA, Eduardo. Op. cit., p. 337.



tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo⁷⁵.

Dessarte, diante do cenário de não recepção de normas emanadas do legislador ordinário e omissão do Poder Legislativo em revogá-las ou compatibilizá-las ao ordenamento constitucional vigente, cabe ao Poder Judiciário em geral, e ao Supremo Tribunal Federal em particular, no exercício de **sua questão majoritária de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais e humanos** (art. 102, *caput*, da CRFB), eliminar do ordenamento jurídico as normas não recepcionadas pelo Constituinte.

Não se trata, assim, de postura contrária à separação dos poderes – em verdade, esse princípio existe justamente para que nenhum poder seja onipotente. Assim, o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis e, antes, **inerente ao sistema de freios e contrapesos**, em que cada um dos Poderes da República tem a competência de controlar as atuações dos demais, quando essas se afigurarem contrárias à Constituição.

Precisa a observação de Ingo Sarlet a esse respeito, segundo o qual **-hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei. mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais**⁷⁶ (Grifamos).

VI.B) O DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA PRODUÇÃO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. UMA CASA LEGISLATIVA CONSTITUÍDA DE HOMENS, QUE LEGISLA NOS INTERESSES DOS HOMENS.

A argumentação dos petionários contrários aos pedidos deduzidos na presente ADPF, no sentido de entregar a decisão acerca da legalidade da prática do aborto inteiramente à **esfera deliberativa do Poder Legislativo**,

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 367. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁷⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia...*, p. 367.



encontra obstáculos não só na teoria constitucional, mas também **na realidade histórica que constitui as democracias liberais contemporâneas.**

Basta dizer que a conquista do direito ao voto foi, durante muitas décadas, a principal agenda do movimento feminista. Isto é, o Estado Liberal Democrático constituiu-se **na desigualdade de gêneros**, suprimindo as mulheres do espaço da pólis, da deliberação política.

Relegadas ao espaço da vida privada, cujo conteúdo político é negado pela modernidade, as mulheres viram-se historicamente alijadas até as primeiras décadas do século XX⁷⁷ da vida coletiva e da condição de cidadãs.

Poderíamos crer que a inclusão formal das mulheres no *demos* as habilitaria para a tomada de decisões na esfera pública.

Todavia, como percucientemente alertam Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel:

as décadas seguintes à obtenção do sufrágio feminino mostraram que **era perfeitamente possível a convivência entre o direito de voto das mulheres e uma elite política formada quase exclusivamente por homens**⁷⁸. (Grifamos)

Basta uma mirada para a baixa proporção de mulheres nas instâncias de poder político no Brasil para constatar essa realidade. Na Câmara dos Deputados, **pouco mais de 10% dos parlamentares federais são mulheres**, o que leva o Brasil a ocupar o 154.º lugar entre 193 países do ranking elaborado pela Inter-Parliamentary Union (associação dos legislativos

⁷⁷ O voto feminino no Brasil foi garantido pela primeira vez na história no Código Eleitoral Provisório (Decreto n.º 21.076) de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas.

⁷⁸ MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª edição, Boitempo, São Paulo, 2014, p. 93.



nacionais de todo o mundo), à frente apenas de alguns países árabes, do Oriente Médio e de ilhas polinésias⁷⁹.

Outros fatores da ordenação social, como a divisão do trabalho entre gêneros (trabalho remunerado na esfera pública / trabalho doméstico não remunerado na esfera privada) influenciam substancialmente a participação de homens e mulheres no campo político. Valendo-nos mais uma vez das lições de Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli:

A presença no campo político, sobretudo a ocupação de suas posições mais centrais, carrega exigências de **disponibilidade de tempo** que trabalham de forma objetiva contra aqueles que estão presos a outros tipos de compromissos. Como, dada a organização atual da sociedade, **as mulheres são as principais responsáveis pela gestão de suas unidades domésticas, o tempo se torna uma barreira importante para o início ou o progresso de uma carreira política**; com frequência, **limitam sua ambição devido a questões como a necessidade de permanecer morando na mesma cidade**, que são bem menos presentes nos cálculos políticos dos homens⁸⁰. (Grifamos.)

Não à toa as Leis n.ºs 9.504/1997 e 12.034/2009 estabeleceram a obrigatoriedade de que os partidos ou coligações destinem 30% de suas vagas à participação de mulheres.

Dados do Tribunal Superior Eleitoral⁸¹ permitem constatar que, ainda atualmente, os partidos brasileiros **destinam em geral menos recursos para suas candidatas mulheres**, uma vez que provém dos diretórios – historicamente ocupados por homens – a tomada de decisão acerca da aplicação dos recursos do partido.

É emblemática a recente **votação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 181** (conhecida como —PEC Cavalão de Tróia), que insere

⁷⁹ Dados disponíveis em: <http://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>, acesso aos 12/11/2017, às 19h06min.

⁸⁰ MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª edição, Boitempo, São Paulo, 2014, p. 106.

⁸¹ Dados disponíveis em: <http://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>, acesso aos 12/11/2017, às 19h13min.



na Constituição a proibição absoluta do aborto, passando a excluir do ordenamento jurídico os casos de abortamento legal que eram autorizados desde 1940 pelo art. 128 do Código Penal. Na Comissão Especial composta na Câmara dos Deputados para emitir parecer sobre a proposta, **dezoito deputados homens** se manifestaram favoravelmente e apenas **uma deputada** votou contra a PEC⁸².

A comissão é formada por 28 deputados, dos quais **apenas três são mulheres.**

Como afirmar, nesse cenário, que o Poder Legislativo é uma esfera democrática de decisão sobre a autonomia reprodutiva das mulheres?

Como sustentar que a decisão tomada por um parlamento formado por 90% de homens será respeitadora dos direitos fundamentais de homens e mulheres em condições igualitárias?

Como obter a revisão dos privilégios masculinos e reestruturar a posição das mulheres no sistema político por meio unicamente do exercício do direito ao voto?

A constitucionalista Adriana Vidal, em sua dissertação *-A Constituição das Mulheres*⁸², traçou um interessante panorama acerca do debate em torno do aborto na Assembleia Constituinte de 1988 (que contou somente com **26 deputadas mulheres e nenhuma senadora, num universo de 594 parlamentares**), apontando que, apesar de a CRFB/88 não ter disposto expressamente sobre a —tutela da vida para proibi-lo em absoluto, as

⁸² Inteiro teor da proposta legislativa e outras informações relevantes disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>, acesso aos 12/11/2017, às 19h23min.



discussões travadas já indicavam um retrocesso, com a possível supressão das hipóteses de aborto legal previstas no art. 128, do Código Penal⁸³.

Na medida em que foi detectada a tendência ao retrocesso pelo posicionamento dos parlamentares, o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres iniciou um trabalho estratégico para excluir a matéria da discussão constituinte. Entretanto, o tema ainda é objeto de disputas, como revelam propostas legislativas como a PEC 181, o —Estatuto do Nascituro ou PL 478/2007, o PL 1.793/2007 (Bolsa Estupro)⁸⁴ e a Medida Provisória 557/2011, todas **propostas destinadas a restringir as possibilidades legais de interrupção da gravidez e ampliar a criminalização pela prática de aborto.**

Em conclusão de sua pesquisa, a autora destaca a profusão de **toda sorte de estereótipos de gênero** e a possibilidade de qualificar a constituinte como um **-microcosmo extremamente representativo dos processos de luta por direitos, bem como do exercício realizado para refrear essa luta**⁸⁵.

Nesse sentido, é patente que a produção do direito por meio da deliberação sobre diplomas formais pelo Poder Legislativo **é falha no sentido de não considerar as experiências e valores mais típicos de mulheres do que de homens**⁸⁶.

⁸³ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição e direitos das mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Nacional Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Editora Juruá, Curitiba: 2015, p. 429.

⁸⁴ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição e direitos das mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Nacional Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Editora Juruá, Curitiba: 2015, p. 429.

⁸⁵ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição e direitos das mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Nacional Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Editora Juruá, Curitiba: 2015, p. 446.

⁸⁶ BARTLETT, Katherine T. *Métodos jurídicos feministas*, in *Métodos Feministas en el Derecho*, FERNANDEZ, Marisol e MORALES, Félix (coord.), Palestra Editores, 1ª edição, Lima, 2011, p. 32.



Daí a necessidade de, diante da tarefa de aplicação do Direito, olhar debaixo da superfície, para identificar as implicações de regras aparentemente neutras e democraticamente discutidas que representam **perpetuação da situação de subordinação das mulheres**. Nas palavras da Professora de Direito da Duke University, Katherine T. Bartlett, *-uma análise legal rigorosa nunca pode pressupor neutralidade de gênero*⁸⁷.

Resulta, dessarte, crucial o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para proclamar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal e **garantir assim a supressão do déficit democrático** existente no debate legislativo sobre o aborto e a autonomia reprodutiva das mulheres desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, no exercício de seu **essencial papel de garantidor dos direitos fundamentais**, indispensável para o aprofundamento da democracia brasileira.

VII. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a Defensoria Pública a V. Ex.^ª:

- (i) seja deferida sua admissão na qualidade de *amicus curiae* nesta ADPF n.º 442, a fim de que participe dos debates atinentes ao pedido de declaração de não recepção parcial dos tipos dos arts. 124 e 126 do Código Penal;
- (ii) seja deferida a possibilidade de sustentação oral (art. 131, § 3.º, do Regimento Interno do STF); e

⁸⁷ BARTLETT, Katherine T. *Métodos jurídicos feministas*, in *Métodos Feministas en el Derecho*, FERNANDEZ, Marisol e MORALES, Félix (coord.), Palestra Editores, 1ª edição, Lima, 2011, p. 42.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

- (iii) no mérito, seja julgado **procedente o pedido para que seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal**, a fim de excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas, nos termos postulados na petição inicial.

Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2017.

André Luís Machado de Castro
Defensor Público-Geral do Estado

Arlanza Maria Rodrigues Rebello
Defensora Pública

Beatriz Carvalho de Araújo Cunha
Defensora Pública

Lívia Miranda Muller Drumond Casseres
Defensora Pública

Maria Matilde Alonso Ciorciari
Defensora Pública

Mariana Castro de Matos
Defensora Pública

Pedro Paulo Lourival Carriello
Defensor Público

Ricardo de Mattos Pereira Filho
Defensor Público