



DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Norte - SAUN, Quadra 05, Lote C, Bloco C, Centro Empresarial CNC - Bairro Asa Norte - CEP 70040-250 - Brasília - DF - <http://www.dpu.gov.br/>

## PETIÇÃO

### EXMA. SRA. MINISTRA ROSA WEBER, RELATORA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442/DF

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO vem requerer a sua formal admissão, nos autos do processo em epígrafe, como **AMICUS CURIAE**, e vem apresentar a sua **MANIFESTAÇÃO**.

#### 1. Do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, almeja seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, de forma a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem a necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

#### 2. Da caracterização dos requisitos para a admissão da Defensoria Pública da União como *amicus curiae*.

O STF admite amplamente a aplicação analógica do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 no processo e julgamento da arguição de descumprimento fundamental (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio; ADPF 73, Rel. Min. Eros Grau, entre outros precedentes).

De acordo com a regra do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, aplicável analogicamente, a admissão de manifestação de órgãos ou entidades depende da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes.

Não há dúvidas sobre a relevância da matéria.

Ao convocar audiência pública, por decisão proferida em 23 de março de 2018, a relatora asseverou que se está diante de *um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto*

*envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais.*

Não por acaso, houve a convocação de audiência pública, para que fosse possível dar voz aos diferentes pontos de vista que compõem essa complexidade temática submetida a julgamento.

Ousamos dizer que se está diante de um dos temas mais complexos e difíceis já enfrentados por essa Suprema Corte em sua história.

A Defensoria Pública da União entende ter representatividade para abordar a matéria sob julgamento a ponto de contribuir efetivamente com a discussão posta.

Deveras, é função institucional da Defensoria Pública exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam a proteção especial do Estado (art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/94).

A partir das situações de vulnerabilidade social identificadas, a Defensoria Pública da União constituiu, em seu âmbito, diversos grupos de trabalho temáticos, como o Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais, Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas, Grupo de Trabalho de Assistência e Proteção à Vítima de Tráfico de Pessoas, Grupo de Trabalho de Garantia à Segurança Alimentar e Nutricional, Grupo de Trabalho de Assistência as Trabalhadoras e Trabalhadores Resgatados de Situação de Escravidão, Grupo de Trabalho Pessoas em Situação de Prisão e Enfrentamento à Tortura, Grupo de Trabalho Migrações, Apatridia e Refúgio, Grupo de Trabalho Rua, para a defesa de pessoas em situação de rua, Grupo de Trabalho Catadoras e Catadores, Grupo de Trabalho Saúde, Grupo de Trabalho Moradia e Conflitos Fundiários, Grupo de Trabalho Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI, Grupo de Trabalho Políticas Etnorraciais, Grupo de Trabalho Atendimento a Pessoa Idosa, Grupo de Trabalho Atendimento a Pessoa com Deficiência e o Grupo de Trabalho Mulheres.

O Grupo de Trabalho Mulheres é, justamente, destinado à defesa dos direitos das mulheres.

O trato da temática iniciou com o advento da Portaria 907, de 25 de novembro de 2013, que se voltava especificamente à assistência às mulheres processadas por sequestro internacional de crianças. A Portaria 15, de 11 de janeiro de 2018, ampliou o escopo desse grupo de trabalho, atribuindo-lhe a atual denominação. Finalmente, a Portaria 200, de 12 de março de 2018, regulamentou de forma definitiva o grupo de trabalho, fixando-lhe atribuições gerais e específicas<sup>[1]</sup>.

Além disso, está em debate a criminalização do aborto.

Sob esse viés, registre-se que a Defensoria Pública da União é o ramo da Defensoria Pública que exerce atribuições de natureza penal e processual penal, de forma exclusiva, na Justiça Federal, no Tribunal Regional Federal, na Justiça Eleitoral, no Tribunal Regional Eleitoral, na Justiça Militar da União, nos Juizados Especiais Federais, nas Turmas Recursais Federais, nas Turmas Regionais de Uniformização, no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal Militar e na Turma Nacional de Uniformização. De forma compartilhada com as Defensorias Públicas Estaduais, a Defensoria Pública da União exerce suas atribuições de natureza penal e processual penal no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

A importância da matéria penal e processual penal no âmbito da Defensoria Pública da União é tamanha a ponto de a instituição manter uma Câmara de Coordenação e Revisão específica dedicada ao tema. Cuida-se da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, prevista no art. 3º, II, da Resolução n. 58, de 5 de março de 2012, a qual engloba todas as matérias de Direito Penal, seja comum, eleitoral, militar e de execução penal (§ 2º do art. 3º da Resolução).

Dita Câmara de Coordenação e Revisão guarda diversas atribuições na área criminal que podem ser resumidas na padronização e harmonização, planejamento estratégico, acompanhamento da atuação da instituição em nível nacional, assessoramento ao exercício da atividade de prestação da assistência jurídica (art. 1º), bem como no fornecimento de subsídios às atividades da Defensoria Pública-Geral da União, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, do Corregedor-Geral Federal e dos Defensores Públicos Federais (art. 2º).

Por fim, acrescenta-se que a Defensoria Pública da União foi admitida a participar da audiência pública convocada nos autos do presente feito. No dia 6 de agosto de 2018, a instituição foi apresentada pela Dra. Charlene da Silva Borges, defensora pública federal coordenadora do Grupo de Trabalho Mulheres. Houve a apresentação de memoriais, externando o posicionamento da Defensoria Pública da União.

Assim, caracteriza-se a representatividade da Defensoria Pública da União.

### **3. Das razões pela procedência do pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental.**

Os argumentos que sustentam a procedência do pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, adiante expostos, estão baseados nos memoriais protocolados pela Defensoria Pública da União por ocasião da audiência pública. Esses memoriais são fruto do qualificado trabalho do Grupo de Trabalho Mulheres que integra a instituição e foram assinados pelas Defensoras Públicas Federais Charlene da Silva Borges, coordenadora, Ana Lúcia Marcondes Faria de Oliveira, Daniele de Souza Osório, Maria Cecília Lessa da Rocha e Mariana Doering Zamprogna.

#### **3.1. Dos direitos fundamentais da humana e do Direito Penal.**

Os artigos 124 e 126 do Código Penal não foram recepcionados pela Constituição da República de 1988, porque representam legalmente a violência de gênero institucionalizada pelo poder punitivo do Estado, em claro confronto com preceitos fundamentais que honram o direito à saúde, à não-discriminação, à autodeterminação, à liberdade reprodutiva e sexual e à proibição de prática de tortura.

Os dispositivos legais impugnados na presente ação refletem o quanto o Estado maneja a sua força no campo do Direito Penal para abordar um problema que envolve a saúde pública, quando esse mesmo Poder Público revela-se omissivo no que tange à implementação de políticas públicas efetivas de planejamento familiar, educação sexual, acompanhamento e prevenção da interrupção da gravidez.

Tal omissão do Poder Público implica a violação de direitos fundamentais sensíveis das mulheres, sobretudo de acesso à saúde e à vida das mulheres em situação de vulnerabilidade social. Efetuando o necessário recorte interseccional, as principais afetadas por essa violação são as mulheres negras, vitimadas em maior número pelas práticas clandestinas, as quais são consequência direta do alcance do poder punitivo que age, evidentemente, de maneira seletiva.

Nesse âmbito, a epistemologia feminista vem debruçando-se sobre o fenômeno que interliga as opressões de gênero realizadas por intermédio do sistema de justiça criminal.

No campo de estudos da criminologia feminista, é cediço que o Direito Penal carece de tratamento equânime no que toca às relações dinâmicas de poder existentes entre homem e mulher, o que está refletido no modo como o sistema de justiça criminal reconhece a mulher, seja como transgressora, seja na condição de vítima. O Direito Penal historicamente foi feito por homens e para homens, de modo que a transgressão às regras sociais de conduta da mulher esteve, tradicionalmente, a cargo de outros agentes de controle social, a exemplo da família, religião, sociedade, exigências do mercado de trabalho, etc.

No âmbito da criminalização da decisão sobre a interrupção da gravidez, verifica-se a intervenção estatal com vistas a estabelecer o controle social subsidiário quanto ao exercício do papel social da maternidade e da sexualidade da mulher, quando as outras instâncias de controle incorreram em algum tipo de falha. Criminalizar a interrupção da gravidez significa, em essência, a imposição do exercício da maternidade, sem considerar os anseios, vontade e liberdade da principal interessada, a mulher, enquanto titular de direitos humanos dotada de liberdade e autonomia de seu corpo, similares àqueles reconhecidos ao homem, ao qual a paternidade não é imposta fisicamente, quer pela natureza, quer pelo ordenamento jurídico. A rigor, o ordenamento jurídico deveria fazer frente às disparidades naturais e sociais para promover equidade, em lugar de agravá-las, como o fazem os dispositivos questionados.

Eis a lição da estudiosa da criminologia feminista Soraia Mendes:

*De fato, qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (nesse caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de se tornar mãe, suportar a gravidez, dar a luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do Direito Penal[2].*

O direito fundamental à autodeterminação tem como decorrência o exercício da liberdade, seja em aspecto positivo, seja negativo, ou seja, quando existem alternativas e opções quanto à realização ou não de determinado ato. Desse modo, qualquer limitação a esse exercício de opção não deve ser exercida pelo Estado, à revelia do interesse das titulares desse direito.

Nesse ponto, em relação ao exercício da maternidade, a autodeterminação ganha contornos exclusivos da condição de ser mulher.

Um Estado laico democrático de direito deve velar pela observância desse princípio, sem a interferência de valorações morais de uma conduta que diz respeito apenas à mulher, ao exercício da autonomia de seu corpo. É inadmissível e irrazoável o estabelecimento de convicções morais e religiosas com funções limitadoras desse direito fundamental.

Sob o prisma moral, a frequência do aborto, atestada por pesquisas reportadas adiante, contraria a existência de um repúdio real à conduta. Ainda que não se possa alegar o desuso para a revogação de norma posta, é ele claro indicativo de anacronismo ou dessintonia do texto com o contexto social em que se situa a norma. Nesse sentido, a tipicidade mostra-se como uma imposição ideológica, seletiva e opressora, e não propriamente um amplo consenso moral que respeite as minorias.

A proibição da interrupção da gravidez significa ontologicamente a imposição à mulher da obrigação de ser mãe. Sob esse viés, vejamos trecho do voto do Ministro Barroso, nos autos do HC 124.306:

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

Consoante o ensinamento de Ferrajoli, para entender um direito como fundamental, é preciso submetê-lo ao crivo da disponibilidade estatal, na medida em que deve se tratar de uma regra geral válida para todos. Contudo, segundo o autor, o direito à autodeterminação é um exemplo de direito fundamental exclusivo das mulheres:

*En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir constituyente, de tipo pre o meta-juridico, puesto es un reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretension al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidade como en del aborto”[3].*

Assim, o direito à autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual tem por consequência a não-intervenção do Estado, pela não-discriminação, pela não-coerção e não-violência (dimensão típica dos direitos civis)[4].

### **3.2. Dos direitos reprodutivos.**

Os direitos reprodutivos decorrem do sistema especial de proteção de direitos humanos, em virtude do caráter indivisível, e possuem tratamento equivalente aos direitos fundamentais.

Em virtude da reivindicação do movimento de mulheres, ocorrida no âmbito da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, a **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher** foi aprovada em 1979 e conta com 165 Estados-participantes. O Brasil ratificou-a em 1984.

A Convenção estabelece preceitos que visam a promover a igualdade, bem como à eliminação de qualquer tipo de padrão discriminatório, por meio do fomento de práticas que assegurem a inserção de grupos vulneráveis.

Emerge, nesse contexto, a necessidade de reconhecimento de direitos específicos, baseados em caracteres da diferença de tais grupos vulneráveis, como são os direitos reprodutivos e sexuais da mulher. Eis a análise de Flavia Piovesan quanto à interpretação do art. 12 da Convenção:

*À luz do disposto no artigo 12 da Convenção, já surgem os delineamentos iniciais dos direitos reprodutivos, como direitos que exigem um duplo papel do Estado: a) eliminar a discriminação contra a mulher nas esferas da saúde (vertente repressiva/punitiva) e b) assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar (vertente promocional). Percebe-se aqui a semente de todo um desenvolvimento normativo posterior no tocante à construção conceitual dos direitos reprodutivos, como direitos que demandam do Estado um duplo papel (de um lado negativo, por outro positivo e promocional). Daí a complexidade dos direitos reprodutivos, que não pode ser confinada à tradicional dicotomia dos direitos civis x direitos sociais, na medida em que apresentam uma dimensão própria dos direitos civis (a não discriminação; o espaço da autonomia e da autodeterminação no exercício da sexualidade e reprodução) e dos direitos sociais (o direito à saúde, mediante a implementação de políticas públicas positivas pelo Estado)” [5].*

As declarações e plataformas de Cairo (1994) e de Beijing (1995) representaram um grande avanço no conceito de direitos sexuais e reprodutivos. Embora não possuam a força normativa de tratados internacionais, constituem importante fonte principiológica do ordenamento jurídico internacional dos direitos humanos da mulher. Eis os princípios 4 e 8 da Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento, do Cairo, de 1994:

#### **Princípio 4:**

*Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.*

#### **Princípio 8**

*Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo*

*casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.*

Observe-se que as mulheres possuem o direito individual de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como possuem em face do Estado o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas. A educação emerge nesse contexto como um importante instrumento de emancipação da mulher. Assevera Leila Linhares:

*No Cairo, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento introduziu um novo paradigma à temática do desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento. Nessa Conferência, ficou firmado o princípio de que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos universais e afirmou-se a necessidade dos países considerarem as grandes massas como detentoras de direitos e merecedoras de políticas públicas de combate à pobreza. A ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a própria Conferência permitiram a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva e reconhecendo o aborto como um grave problema de saúde pública. A Conferência do Cairo deu grande ênfase à necessidade de estimular a responsabilidade masculina para com a procriação e com a contracepção. Em 1995, a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, deu ênfase à necessidade de erradicação da pobreza, incluindo iniciativas destinadas a medir e a reduzir os impactos sociais do ajuste econômico, especialmente sobre as mulheres e crianças. Ainda em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que incorporou as agendas das Conferências de Direitos Humanos (1993), de População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e firmando, de modo definitivo, a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; a noção de saúde e direitos reprodutivos, **bem como o reconhecimento de direitos sexuais, com a recomendação de que sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado, tal como na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994), um problema de saúde pública**" [6].*

A Declaração de Beijing (1995) informa que, *"na maior parte dos países, a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e o pleno exercício dos demais direitos"*.

Verifica-se, pois, que o corpo de declarações e tratados internacionais levam à conclusão de que a temática do aborto, por sua inegável interface reprodutiva, deve ser considerada sob o âmbito da saúde pública, de modo que a tendência internacional é de que os Estados revisem as legislações que estabelecem medidas punitivas a tal prática.

A Constituição da República de 1988 tem dispositivos harmônicos com os entendimentos sedimentados no âmbito internacional:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*(...)*

*§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos*

*educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

A Lei 9.263/1996, que regulamentou o dispositivo constitucional, traz, em seu art. 2º, o conceito de planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Nesse contexto, os direitos sexuais e reprodutivos tanto implicam o exercício da liberdade e autodeterminação por meio de decisões relativas ao corpo da mulher, número de filhos, exercício do papel social da maternidade, quanto o direito a obter por parte do Estado o implemento de políticas públicas relativas à saúde, abrangendo o acesso a informações e educação reprodutiva e sexual. A não-garantia desses direitos tem implicado a morte de milhões de mulheres por conta da submissão a procedimentos inadequados, além de doenças e impedimentos evitáveis por medidas de educação e saúde preventiva.

### **3.3. Da seletividade e da abordagem interseccional de gênero, classe e raça.**

Segundo a doutrina tradicional, a coerção penal pela prática do aborto justificar-se-ia para a proteção da vida. Tal método de intimidação repressiva vai além da coerção jurídica de âmbito cível e da coerção exercida pelos mecanismos de controle social, a exemplo da família, educação, religião, etc.. Justificar-se-ia a aplicação de pena para uma conduta considerada social e moralmente reprovável e tipificada como criminosa, e essa tipificação teria como objetivo evitar a propagação da prática do aborto no âmbito da sociedade. A essa função do Direito Penal denomina-se prevenção geral.

Todavia, parcela considerável da doutrina critica essa visão:

*A prevenção geral opera, pois, baseada nos mecanismos inconscientes da multidão anônima, que são os mesmos mecanismos que opera a “Lei de Lynch”. Pode o direito penal perseguir seus fins por tais meios? Pode o Direito Penal ser o instrumento de vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?*

*A resposta a estas perguntas depende do direito penal de que estivemos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O Direito Penal que faça isso mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será puro instrumento de dominação[7].*

A prevenção geral revela-se, pois, como instrumento de seletividade em uma sociedade desigual, onde existem grupos privilegiados e grupos marginalizados.

Assim, é preciso estabelecer um diálogo multidisciplinar, uma vez que a ciência jurídica, por si só, fundada no seu corpo dogmático e cultural arcaico, não oferece respostas para os fenômenos e fatos sociais decorrentes de escolhas legislativas, sobretudo no âmbito criminal.



Outros ramos da ciência, por exemplo a psicologia, a sociologia e a criminologia, sobretudo a criminologia crítica feminista, oferecem conceitos úteis para a compreensão da problemática que envolve a criminalização da conduta relacionada à interrupção voluntária da gravidez e os direitos e garantias fundamentais existente na Constituição da República.

A começar, portanto, pela definição do conceito de gênero, podemos entender o primeiro foco ofensivo ao direito fundamental à isonomia e à proibição de discriminação em razão de sexo, gênero e raça. Para Saffioti[8], gênero é o conceito que abarca as relações de poder entre o feminino e o masculino, através da definição de papéis sociais legitimadores do sistema de dominação do masculino pelo feminino. O sistema no qual o homem detém o poder político-econômico-sexual sobre a mulher denomina-se patriarcado. Já o conceito de violência de gênero envolve a utilização desse mecanismo de poder, com vistas a realizar toda sorte de violações:

*Violência de gênero é o conceito mais amplo, abrangendo vítimas como mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos. No exercício da função patriarcal, os homens detêm o poder de determinar a conduta das categorias sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. Ainda que não haja nenhuma tentativa, por parte das vítimas potenciais, de trilhar caminhos diversos do prescrito pelas normas sociais, a execução do projeto de dominação-exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência” [9].*

A opção estatal em criminalizar a conduta relacionada ao ato de interromper a gravidez guarda contornos do viés androcêntrico do Direito Penal. A cultura jurídica androcêntrica do Direito Penal é composta pelo corpo normativo feito por homens e para homens, permeado por valores estruturais de uma sociedade machista. O sistema penal, nesse ponto, atua de maneira a negar proteção e direitos às mulheres em razão do gênero, além de exercer a tutela da sexualidade feminina e exercícios de papéis sociais através da criminalização de determinadas condutas.

Observe-se que os mecanismos seletivos de definição da conduta delitiva prevista nos art. 124 e 126 do Código Penal envolvem uma questão clara de gênero, na medida em que objetiva o controle sobre o exercício da sexualidade feminina, bem como do papel social da maternidade, o que não encontra similar coercitividade em face do homem e da paternidade, não raro circunstâncias ou motivadores indiretos da conduta.

Segundo Espinoza[10], historicamente, em relação aos homens, os valores a serem tutelados com a aplicação da pena eram de legalidade e necessidade do trabalho, já em relação às mulheres transgressoras haveria a necessidade de recuperar o seu pudor com a pena imputada pela internação em conventos, onde deveriam receber a educação religiosa:

*A maioria das prisões femininas foi instalada em conventos, com a finalidade de induzir as mulheres ‘desviadas’ a aderir aos valores de submissão e passividade. Na atualidade, apesar de quase não existirem presídios controlados e geridos por organizações religiosas, a necessidade de controlar as mulheres não mudou: subsiste o intuito de transformá-las e encaixá-las em modelos tradicionais, entendidos de acordo com padrões sexistas. Essa situação acentua o caráter reabilitador do tratamento, que busca ‘restabelecer a mulher em seu papel social de mãe, esposa e guarda do lar e de fazê-la aderir aos valores da classe média’, naturalizando as atribuições de gênero e reproduzindo a desigualdade no tratamento das presas (sem grifo no original).*

Historicamente, os critérios religiosos e morais estiveram muito próximos da abordagem punitiva da transgressão feminina ao desempenho dos papéis sociais posta pelo patriarcado. Não por acaso, a maioria dos argumentos contrários à descriminalização da interrupção da gravidez até a 12ª (décima segunda) semana são de ordem moral e religiosa, **além de haver inúmeros atores religiosos em atuação na presente ação, na condição de *amici curiae*.**

A criminalização do aborto evidencia-se, desse modo, como mecanismo de controle afetado por um duplo sistema de seletividade. Esta dupla seletividade envolve os aspectos primários e secundários da criminalização, conceitos cunhados no âmbito do estudo da criminologia crítica.

Por criminalização primária, segundo Zaffaroni, entende-se que "*é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*", e a criminalização secundária "*é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente*" [11].

Nesse contexto, é possível afirmar que, no âmbito primário, é definida a conduta sobre a qual deve recair a tipificação penal **a partir de um critério de gênero**, uma vez que a mulher revela-se como o principal sujeito ativo do delito, mas também **o papel social da maternidade é o pano de fundo existente por trás das condutas delitivas aqui tratadas**. Nesse contexto, no campo secundário, a seletividade vai operar sobre um público específico a ser atingido pela criminalização, que necessariamente possui intersecção com alguns recortes existentes no corpo das desigualdades sociais.

Adotando-se como premissa o marcador social de gênero como determinante da seleção penal, é possível afirmar que a mulher não possui visibilidade enquanto sujeito de direitos humanos, sendo reconhecida pelo corpo social, moral e religioso apenas pela lógica machista e patriarcal, na condição de objeto dos diversos tipos de controle. O padrão de normalidade esperado para a mulher é o de exercício passivo dos papéis de mãe, esposa, honesta, subordinada e não questionadora. Nesse sentido, a mulher que incorrer em desvio desses padrões sociais deve receber a punição social e, havendo falha dessa punição, deve sofrer o peso do braço estatal que reproduz em seu corpo normativo os valores sociais estruturados.

Além do componente de gênero que envolve a questão, é preciso, ainda, refletir sobre a problemática apresentada nessa escolha pela criminalização, a qual também possui os recortes de classe e raça. **As mulheres negras pertencentes às classes econômicas menos favorecidas são as principais atingidas pela criminalização, sobretudo no aspecto indireto, enquanto vítimas de óbitos e complicações decorrentes da submissão a procedimentos clandestinos.** Já as mulheres pertencentes a classes econômicas favorecidas não possuem maiores transtornos sociais, ao realizar o procedimento em clínicas especializadas, mediante o pagamento de quantias significativas para a garantia de realização de um procedimento seguro, discreto e sem maiores consequências colaterais para o sistema reprodutivo.

Assim, fica evidente o **caráter seletivo da criminalização da conduta e a falha na função preventiva geral do Direito Penal.** Tal falha, evidentemente, consiste na não-inibição de realização do procedimento de abortamento no plano fático, pois tal fenômeno é uma realidade no sistema de saúde, com números expressivos de óbitos ocorridos e complicações decorrentes dos procedimentos clandestinos realizados, no que se revela a consequência nociva dessa seletividade penal e social.

Em 2010, foi divulgada publicação contendo os resultados da primeira Pesquisa Nacional sobre o Aborto (PNA-2010), uma iniciativa da Universidade de Brasília (UnB) e do ANIS – Instituto de Bioética, coordenada por Débora Diniz (UnB/Anis/Fiocruz), Marcelo Medeiros (UnB/Ipea) e

Alberto Madeiro (UEPI/Anis) e cuja coleta de dados é realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE.

Desde então, já foi publicada uma nova edição da pesquisa (PNA-2016), com informações coletadas ao longo do ano de 2015, encomendada pelo Ministério da Saúde e pelo Fundo de Investimento Social – ELAS. A Pesquisa Nacional do Aborto, premiada pela Organização Panamericana de Saúde, consiste, hoje, na mais completa e abrangente fonte de dados estatísticos sobre o fenômeno abortivo no Brasil.

A anterior fonte de informações sobre o tema - o censo realizado pelo IBGE como parte do Sistema Integrado de Pesquisas Domiciliares – SIPD[12] - adotou a técnica de aplicação de questionários diretos por entrevistadores homens e mulheres. Isso afeta diretamente, no caso específico do aborto, a fidedignidade das informações apresentadas, uma vez que muitas mulheres, em razão de seus próprios juízos morais, reflexos de uma educação repressora, em um meio social predominantemente sexista, não se sentem à vontade para enfrentar tais questões, sobretudo quando estão sendo questionadas por um homem.

A PNA, por sua vez, objetivou oferecer dados sobre o aborto provocado no Brasil. Para tanto, utilizou-se, em 2010 e em 2016, de pesquisa domiciliar com técnica de urna, questionário sigiloso preenchido pelas entrevistadas e depositado em uma urna[13].

A pesquisa do IBGE utilizou a amostragem aleatória simples nos domicílios particulares permanentes pertencentes à área de abrangência geográfica da pesquisa, ou seja, em todo o território nacional. Foram entrevistadas mulheres alfabetizadas e não-alfabetizadas, entre 18 e 39 anos de idade. Os resultados demonstraram quatro pontos relevantes sobre o aborto na sociedade brasileira atual: i) ao menos 1,1 milhão de brasileiras já provocaram aborto; ii) de todas as regiões brasileiras, a Nordeste é a com maior percentual de abortos provocados (39,2%); iii) a porcentagem de mulheres com ensino superior completo que já provocou aborto é de 10%, em contraste com os 33% de mulheres sem instrução; iv) o índice de mulheres negras que tiveram abortos provocados (3,5%) é o dobro daquele verificado entre mulheres brancas (1,7%).

O universo de amostra da PNA em 2010 e em 2016, por sua vez, consistiu em 2.002 mulheres, de 18 a 39 anos de idade, alfabetizadas e residentes do Brasil urbano. A PNA-2016 inovou na técnica investigativa, com significativas mudanças nos resultados obtidos. Foi perguntado às entrevistadas, na cédula secreta, se elas haviam abortado (aborto provocado) no ano da pesquisa, em 2015. Chegou-se à conclusão, por meio de cálculo de projeção, que, **somente no ano de 2015, cerca de 417 mil mulheres (alfabetizadas e do meio urbano do Brasil) abortaram. Isso evidencia o número expressivo da prática e a falha da criminalização no que tange a função da prevenção geral da pena.**

A análise conjunta dos resultados das sondagens e dos dados estatísticos coletados pelo IBGE, considerando o índice de confiança e as demais variáveis da pesquisa quantitativa, demonstrou que, ao final da vida reprodutiva, 1 em cada 5 mulheres já fez aborto, em sua maioria ocorridos entre os 18 e 29 anos, centro do período reprodutivo. Ademais, os estudos conduzidos também indicaram que, considerando-se toda a população feminina do Brasil situada na faixa etária de 18 a 39 anos, 4,7 milhões de mulheres já fizeram aborto ao menos uma vez na vida.

Com a análise dos questionários socioeconômicos, também foi possível afirmar que o perfil da mulher brasileira que aborta não é o que se poderia considerar desviante dos padrões sociais: 67% têm filhos e 88% declaram ter religião, sendo 56% católicas, 25% evangélicas ou protestantes e 7% professam outras religiões. Também na PNA-2016, observou-se um aspecto principal: **a maior incidência de abortos é provocada nas populações de mulheres negras, com menor grau de escolaridade e que**

vivem nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – dado semelhante ao encontrado pelo censo realizado pelo IBGE.

Ao se observar a maior incidência de abortos provocados nas populações de mulheres negras, pode-se traçar o perfil sociológico do aborto provocado no Brasil. Ele é numericamente relevante e não é exclusivo de um grupo social específico de mulheres. Atinge de maneira numericamente **mais elevada mulheres da região Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil, de menor grau de escolaridade, negras.**

Por sua vez, a mortalidade materna é um importante indicador para a avaliação das condições de saúde de uma população, uma vez que denota a existência de precárias condições socioeconômicas, baixo grau de informação e escolaridade, dinâmicas familiares que envolvem situação de violência e dificuldades de acesso a serviços de saúde de qualidade. A partir de análises das condições em que e como morrem as mulheres, pode-se avaliar o grau de desenvolvimento de uma determinada sociedade e, nesse ponto, observa-se a negligência com que o Estado brasileiro trata a saúde das mulheres, sobretudo as negras, pertencentes às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

É importante assinalar, ademais, que a mortalidade materna guarda cumplicidade direta com a escolha pela criminalização. O aborto realizado em condições inseguras figura entre as principais causas de morte feminina e materna[14]. As complicações do aborto clandestino mais frequentes são a perfuração do útero, retenção de restos de placenta, infecção, peritonite, tétano e septicemia[15].

Neste cenário, o **Estado ainda se omite quanto à implementação de políticas públicas relativas à justiça reprodutiva, ou seja, políticas relacionadas a planejamento familiar e garantia dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher.**

Frise-se que o documento Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, do Ministério da Saúde, também afirma que o aborto provocado é causa de discriminação e violência institucional contra as mulheres nos serviços de saúde, o que pode traduzir-se como retardo do atendimento, falta de interesse das equipes médicas em ouvir e orientar a paciente que abortou ou mesmo como condenação moral explícita e ofensiva[16]. **Considerando os dados estatísticos relacionados ao perfil das mulheres que são atendidas por esse tipo de serviço, deflui-se a ocorrência de racismo institucionalizado nessa prática.**

Outro fenômeno importante a ser aduzido, no âmbito das consequências sociais, é o fato de que os delitos insculpidos nos arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro possuem baixa aplicabilidade no campo punitivo fático, porque a maioria das práticas não recebem punição formal no âmbito do Poder Judiciário, **seja pela subnotificação desse fato social, seja em razão da dificuldade em materializar provas a respeito, considerada a característica de clandestinidade da qual a prática delitiva é revestida, seja, ainda, pelo necessário sigilo profissional que envolve o atendimento médico, sem o qual se agravaria ainda mais a mortalidade e a sub-assistência.**

Observa-se que, dentro do universo total de encarceramentos femininos no sistema penitenciário brasileiro, de 37.380 mulheres custodiadas - com 68% relacionadas a envolvimento com o tráfico de drogas – e dentre as 33 mulheres efetivamente denunciadas em 2014 pelo crime de aborto, todas eram negras, de baixa escolaridade e de baixa renda[17]. Nesse contexto, as mulheres atingidas pelo sistema prisional são aquelas que não dispõem de recursos para pagar pela segurança e pelo sigilo do atendimento das clínicas particulares e buscam atendimento – por vezes emergencial – no sistema público de saúde.

Considerando que o aborto é um fato social irrefutável no seio da família brasileira e se constitui em um grave problema de saúde pública, qual o sentido de manter a criminalização, senão a partir de um viés simbólico/ideológico? Quais os critérios e paradigmas sociais que traduzem essa escolha seletiva? Resposta: há uma crise de legitimidade do sistema de justiça criminal, na medida em que escolhe sobre quem recairá a punição do aborto, com critérios relacionados a gênero, classe e raça. Sobre a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal, discorre Vera Regina Pereira de Andrade:

*Razão pela qual afirmei em outro lugar que o SJC caracteriza-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade. Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida. A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça)[18].*

Deveras, no Estado brasileiro existe uma relação diretamente proporcional entre a renda e o acesso aos serviços de saúde. Nesse contexto, a população negra representa 76% [19] dos mais pobres da sociedade brasileira, o que é consequência da estrutura econômica calcada em uma cultura escravocrata de exploração. Por outro lado, negros (pretos e pardos) representam 56% da população brasileira, com mulheres negras representando 25% da população brasileira total.

Desse modo, os perigos do abortamento relativos ao uso de procedimentos perigosos em condições de saúde precária atingem mais gravemente e em larga escala a mulher negra, sem instrução e de baixa renda.

Em 2012, realizou-se pesquisa [20] sobre abortos provocados na região Nordeste do Brasil, mais precisamente nos universos amostrais da Grande Salvador e da Grande Recife. Foram analisadas 34 histórias de gravidezes interrompidas em clínicas clandestinas tidas por de “alta qualidade” e caras, relatadas por 19 mulheres e 5 homens, residentes nas duas capitais nordestinas mencionadas. A partir da pesquisa, revelou-se que existem diferentes tipos de clínica e de atendimento prestados pelos médicos e que nem mesmo a realização de um aborto em uma clínica privada é garantia de um atendimento humanizado e seguro.

A pesquisa indica que, em razão da clandestinidade, as clínicas privadas de aborto funcionam com leis e regras próprias, sem qualquer tipo de regulamentação sobre os valores cobrados.

Verifica-se, assim, que a criminalização do aborto provocado, que leva ao não-oferecimento do serviço de aborto pelo sistema público de saúde e à inflação de preços do procedimento em clínicas clandestinas, atinge mulheres que, diante de uma gravidez indesejada e não podendo pagar pelo procedimento médico adequado, tem como duas únicas opções levar a gravidez a termo ou abortar de maneira precária e gravemente atentatória a sua saúde física e mental. Há um universo imenso de mulheres brasileiras que optam pela segunda opção.

Expostas as considerações de ordem estatística sobre a realidade do aborto no Brasil, em que se verificam recortes relacionados aos marcadores de desigualdade social e situação de vulnerabilidade, **resta a reflexão sobre a contradição entre os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição da República e a criminalização da interrupção da gravidez, que se traduz em mais uma forma de violência de gênero e institucionalização da prática do racismo no corpo do Estado Brasileiro.**

### **3.4. A criminalização da interrupção induzida e voluntária da gestação realizada nas primeiras 12 semanas protege a vida da pessoa humana? Da análise da jurisprudência dessa Suprema Corte em casos afins: ADPF 54 e ADIN 3.510.**

Em 2008, no julgamento da ADI 3.510, esse Supremo Tribunal Federal iniciou amplo debate, com a participação democrática de especialistas de diversas áreas, sobre a natureza jurídica de embriões e fetos, a extensão e o alcance da proteção constitucional da inviolabilidade da vida e a legislação aplicável aos diversos estágios de desenvolvimento celular e embrionário antes do parto. A Procuradoria Geral da República pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 que autoriza a pesquisa e terapia científicas em células-tronco obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, sob o argumento de que o sacrifício de embriões humanos feriria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Dentre os fundamentos utilizados pelo PGR para a declaração de inconstitucionalidade, estava o de ser necessário que o Supremo definisse juridicamente o “*na, e partir da, concepção*” como o início da vida.

Essa Corte debruçou-se sobre dois questionamentos idênticos aos suscitados pela presente ADPF, quais sejam, o momento em que se inicia a vida humana, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada, e se as fases biológicas da vida pré-natal (notadamente, as de embrião e feto) possuem *status* de pessoa humana merecedora da especial proteção constitucional do Estado.

Durante o julgamento da ADI 3.510, evidenciou-se que o texto constitucional não elenca com precisão o termo inicial da vida e, muito menos, elege as etapas do desenvolvimento biológico antes do nascimento, como pessoa ou como bem jurídico autônomo. Nessa toada, vale destacar a ementa produzida a partir do acórdão lavrado naquela ADI:

*A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. **Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico**, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). **E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até aos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar)**. Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de*

*Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (sem grifo no original).*

O voto condutor do acórdão da ADI 3.510 sustentou que os direitos e garantias estabelecidos como fundamentais na Constituição Federal estão reservados ao indivíduo determinado e nascido, considerado como pessoa humana, ou seja, aqueles existentes entre o nascimento com vida e a morte cerebral. As formas biológicas desenvolvidas antes do nascimento, por conseguinte, não devem ser definidas como pessoa. Tais etapas da vida intra-uterina recebem proteção apenas por parte da legislação ordinária, em condições e limites diferentes daquela dirigida pelo texto constitucional às pessoas, às quais é assegurada a inviolabilidade da vida, por exemplo.

Desse modo, a norma penal criminalizadora do aborto tutela – no dizer do relator Ministro Ayres Brito – “*o organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal*”, **e não a vida de uma pessoa**. Fosse o contrário, se a norma penal tutelasse a vida, complementa o eminente Ministro, “*as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte*”.

Sobre o silêncio do texto constitucional quanto ao marco a ser considerado como início da vida humana, esclarece o voto condutor da ADI 3.510 que se trata de “*um mutismo hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual*”, uma vez que, por ocasião da Assembleia Constituinte, “*houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção*”, mas que foi “*avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição*”.

É importante destacar que, no presente feito, o Partido requerente não está a defender a descaracterização de toda e qualquer interrupção voluntária de gravidez como crime. O pedido restringe-se à descaracterização, como crime, das interrupções voluntárias de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas da gestação.

Em verdade, há posição que sustenta que, *antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno*<sup>[21]</sup>. Portanto, além de certo que a norma penal, na linha da jurisprudência dessa Suprema Corte, não está a proteger a vida da pessoa, é questionável se ela, incidindo em hipóteses de interrupção voluntária de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação, está a proteger a vida plena do feto.

A segunda oportunidade em que a Corte Suprema se debruçou sobre caso semelhante ao aqui debatido foi quando apreciou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Nesse *leading case*, a Corte julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Foi autorizada em todo território nacional a interrupção da gravidez na hipótese de acefalia do feto. O teor da ementa revela, por si só, as razões de decidir:

*ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.*

*FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.*

Como se nota, dois pontos tiveram relevo nos debates travados nessa Egrégia Corte. Em primeiro lugar, destaca-se a laicidade do Estado Brasileiro, que, por não estar vinculado ou subordinado a qualquer culto ou denominação religiosa, deve agir tão somente a partir de princípios de justiça e razões públicas. Na sequência, destaca-se a preocupação desse Tribunal na salvaguarda da liberdade sexual e dos direitos reprodutivos das mulheres, bem como seu direito à saúde, à dignidade e à autodeterminação.

Em seu voto condutor, o nobre Ministro Marco Aurélio sublinha o caráter democrático do Estado laico, devendo a crença religiosa e espiritual ser praticada na esfera privada dos cidadãos:

*Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.*

Sob os auspícios da Constituição da República, é vedado promover qualquer religião. Tal não implica que as diversas denominações religiosas sejam excluídas do debate jurídico democrático, ao contrário, este franqueia sua livre participação, no entanto, exige que mesmo os diversos credos, ao ingressarem na esfera pública estatal, pautem suas razões pelas razões públicas, ou seja, prescreve que "os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença", conclui o douto Ministro. Na mesma linha, orientou-se o voto da Ministra Carmen Lucia:

*A sociedade brasileira conta com grupos contrários ao aborto e mesmo contra a interrupção da gravidez nos casos de feto comprovadamente portador de anomalia fetal. Não apenas a diferença de idéias e crenças é válida, aceitável e desejável numa democracia como respeitáveis todas as opiniões. Entretanto, a tomada de decisão jurídica há de se ater aos comandos normativos da Constituição, máxime aos seus princípios, do qual é o primeiro o da dignidade humana.*

A afirmação do Estado laico consta, igualmente, no voto do decano dessa Corte, o Ministro Celso de Mello:



*O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.*

Estado laico implica, pois, que as decisões sejam tomadas à luz do Direito e dos princípios de Justiça, afastadas as paixões e aspirações religiosas. Eis um norte para o presente debate.

O presente caso, assim como a ADPF 54, exige dos nobres Ministros uma acurada ponderação de valores e princípios constitucionais.

É entendimento assentado por essa Egrégia Corte que todos os direitos fundamentais prescritos na Constituição têm igual *status*. O que exige o presente caso é, pois, a devida ponderação dos valores que visam a salvaguardar cada um dos direitos em disputa.

A segunda linha de força da decisão tomada na ADPF 54 é a garantia ao direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade da mulher que, devidamente orientada, opta por interromper a gravidez.

Destacou-se à exaustão no julgado ora examinado o fato de se limitar a demanda a uma hipótese de aborto terapêutico, ou seja, abortamento de feto anencéfalo e sem viabilidade de vida extrauterina. Não obstante, a ponderação de valores cuidadosamente realizada por esta essa Egrégia Corte permanece válida. Não é a vida um direito absoluto, assim como o feto não é pessoa, merecendo resguardo o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade da mulher.

Nesse ponto, retomamos o voto condutor ao destacar que saúde não é ausência de enfermidade, saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, como afirma o Ministro Relator, valendo-se do preâmbulo do ato de constituição da Organização Mundial da Saúde. Considerando a natureza das coisas e as descobertas da medicina, toda gravidez implica riscos para a mulher, que a depender de seu maior ou menor grau, pode ser sinônimo de saúde ou enfermidade da mulher gestante.

Quando a dor e o abatimento da mulher grávida se devem à gestação de feto anencéfalo, essa Corte já ponderou: prevalece o direito à saúde da mulher, cabendo a ela, na sua liberdade, decidir pela interrupção ou não da gestação. Pode, contudo, parecer estranho pensar em gestação de feto sadio como uma “espécie de doença” que faz padecer o corpo e afoga em desespero a alma da mulher, mas é bem este o quadro da gravidez indesejada. Por que não se aplicariam, então, as mesmas razões de decidir? Digno de proteção maior é o direito à saúde e integridade física da mulher.

As ponderações do Ministro Marco Aurélio na ADPF 54 podem valer de igual forma para o presente caso:

*Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o*

*que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire. Consignou Sua Excelência que:*

*[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação.*

As exortações do Ministro Relator permanecem válidas aqui como acolá:

*O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres.*

Em defesa dos direitos à saúde, à liberdade e à autodeterminação da mulher, a Ministra Cármem Lúcia pontua as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro:

*O Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz) e, na ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará).*

*A assinatura de todos esses acordos desdobra-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, não o do sofrimento.*

Ao se analisar o julgado da ADPF 54, pretende-se, em apertada síntese, mostrar como essa Egrégia Corte caminha em seu entendimento para ampliar a proteção aos direitos reprodutivos e à liberdade e autodeterminação da mulher.

### **3.5. Da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem admitido casos que envolvem os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, de forma a assegurar a sua proteção.

No caso *B. vs. República de El Salvador*, a Comissão submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso de B., mulher de 22 anos de idade, que sofria de lúpus eritematoso discoide agravado com nefrite lúpica. O feto era anencefálico. Havia recomendação médica para a realização do procedimento de aborto, já que havia grande probabilidade de morte materna.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou medidas cautelares de forma a garantir a vida, integridade pessoal e saúde da mulher e, dentre outros fatores, apontou como principal obstáculo ao acesso a tratamento médico pela Senhora B. a criminalização absoluta do aborto pelo Estado.

Ao final concluiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que:

*17. Por todo lo anterior, la Corte Interamericana considera que se han dado todos los requisitos para adoptar las medidas provisionales a favor de la señora B. en el presente asunto. Por tanto, la Corte dispone que el Estado adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. Al respecto, el Estado deberá adoptar las providencias necesarias para que la señora B. sea atendida por médicos de su elección”.*

Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou ao Estado de El Salvador, dentre outros pontos, que adotasse todas as medidas necessárias e efetivas para que a Senhora B. pudesse optar, sem qualquer interferência, pelas medidas necessárias para evitar danos a sua integridade pessoal e a sua saúde, uma vez que tais direitos estão consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

No caso *Ana Victoria Sanchez Villalobos e outros vs. Costa Rica* (Informe n. 25/04, petição 12.361), acerca de fertilização *in vitro*, observou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

*A Comissão observa que as alegações do peticionário, em relação aos direitos das pessoas denominadas como vítimas, referem-se principalmente aos artigos 1, 2, 11, 17 e 24 da Convenção Americana. Em particular, o artigo 17(2) da Convenção estabelece que:[s]e reconhece o direito do homem e da mulher de contrair matrimônio e fundar uma família, se têm idade e as condições requeridas para isso de acordo com as leis internas, à medida que estas não afetem o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.*

*Avanços no direito internacional que retroagem à Conferência de Teerã, ao Programa de Ação do Cairo e à Plataforma de Ação de Pequim reconheceram o direito dos casais e dos indivíduos: de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e a diferença de idade entre cada um deles, e de regular a informação, a educação e os meios necessários para isso, bem como o direito de alcançar os mais altos níveis de saúde sexual e reprodutiva. Também se inclui o direito a adotar todas as decisões relativas à procriação, sem discriminação, coerção, nem violência, de acordo com o estabelecido nos instrumentos de direitos humanos” (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994).*

Portanto, há uma tendência de que a Corte reconheça a relatividade do direito à vida, de forma a garantir a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, bem como efetivo o princípio da não-discriminação.

Embora se discuta fertilização *in vitro*, é possível observar a preocupação da Corte com a garantia dos direitos à saúde, à integridade física e mental da mulher e à liberdade reprodutiva e sexual, em especial que os mesmos direitos não sejam violados de forma discriminatória pelo Estado por razões de gênero.

### **3.5. Da razoabilidade e da proporcionalidade.**

A inicial do presente feito aponta como violados os seguintes preceitos fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF); a cidadania (art. 1º, inciso II, CF); o princípio da não-discriminação (art. 3º, inciso IV); o direito à saúde da mulher (art. 6º), à integridade física e psicológica, bem como a proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), o direito à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade e à segurança das mulheres (art. 5º, caput, CF), o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CF). Ademais, aponta a violação a preceitos fundamentais previstos em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma da Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), o Consenso de Montevidéu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013), a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

Os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal visam a proteger o bem jurídico da vida humana intrauterina. Assim, cabe indagar se a criminalização do aborto realizado nas 12 primeiras semanas atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que restringe outros direitos fundamentais de titularidade das mulheres, em especial a saúde, a liberdade, a vida, a igualdade, a proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante, dentre outros, e não cumpre a finalidade de prevenção geral, conforme acima já dito.

Em relação ao teste de adequação para a aplicação do princípio da proporcionalidade, é preciso indagar, segundo Virgílio Afonso da Silva, se a medida tem por objetivo fomentar um fim constitucionalmente legítimo ou um direito fundamental[22].

Quanto à tutela da vida intrauterina, a adequação da medida revela-se duvidosa, quando se realiza a análise dos dados estatísticos acima apresentados. Além disso, conforme já argumentado anteriormente, a criminalização não possui a eficácia no plano fático de inibir a realização da prática. Eis a lição de Flávia Biroli:

*A criminalização não significa que as mulheres não recorram ao aborto voluntário, nem reduz esse recurso. Estima-se que, entre 2010 e 2014, foram realizados no mundo 56 milhões de abortos por ano, o que representa uma taxa de 35 abortos para cada mil mulheres entre 14 e 44 anos. O número de abortos é, no entanto, inversamente proporcional à descriminalização: 88% dos casos de aborto nesse*

período deram-se em países em desenvolvimento. Nos países ricos, o número de casos caiu dezenove pontos percentuais em relação aos dados da década anterior; enquanto as taxas de abortamento voluntário se mantiveram estáveis nos países mais pobres, proporcionais ao crescimento populacional. A redução ocorreu justamente no conjunto de países em que há maior presença de legislação amplamente permissiva e de avanços nas políticas para a garantia do acesso a anticoncepcionais, educação sexual e saúde reprodutiva para as mulheres. Outro dado importante é que 73% dos abortos foram realizados por mulheres casadas”[23].

No julgamento do HC 124.306, foi enfrentado o tema atinente à proporcionalidade e à razoabilidade. Eis a ementa do julgado (sem grifo no original):

*Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 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 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.*

Em seu voto, o relator asseverou o seguinte:

*Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes às aquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014.*

*36. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização.*

*(...)*

*47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.*

*48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP”.*

Em verdade, a criminalização do aborto não chega a ultrapassar o teste da adequação. Não obstante, para argumentar, prosseguiremos na análise do atendimento aos requisitos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre a necessidade, ensina Suzana de Toledo Barros:

*O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (...).*

*Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – meio mais idôneo. Segue-se não se poder formar um juízo de exigência de providência legislativa restritiva, se não se recorrer a ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido[24].”.*

Em Portugal, por exemplo, país em que é legalizada a interrupção voluntária da gravidez, houve uma diminuição do número de abortos ano a ano[25]. A interrupção voluntária da gravidez, em Portugal, se revelou medida mais eficiente, seja em relação à proteção da vida intra-uterina, seja no tocante ao respeito aos direitos à liberdade, à igualdade e à vida e à saúde das mulheres, dentre outros.

Assim, não existe uma relação necessária entre a redução de abortos e sua criminalização. Há outras políticas públicas que podem ser até mais eficazes, mas sem ofensa aos direitos das mulheres.

Por outro lado, há estudos que indicam que a legalização da interrupção voluntária da gravidez reduz o número de mortes, em especial em países em desenvolvimento:

*Globalmente, mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% de todos os abortos realizados) ocorreram anualmente entre 2010 e 2014, de acordo com novo estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Instituto Guttmacher publicado na quarta-feira (28) na revista The Lancet. A maioria dos abortos inseguros, ou 97% do total, ocorreram em países em desenvolvimento de África, Ásia e América Latina.*

*“Crescentes esforços são necessários, especialmente nas regiões em desenvolvimento, para garantir acesso à contracepção e ao aborto seguro”, disse Bela Ganatra, pesquisadora que liderou o estudo e que também é cientista do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa da OMS.*

*“Quando mulheres e meninas não podem acessar serviços eficientes de contracepção e aborto seguro, há sérias consequências para sua própria saúde e de suas famílias. Isso não deve acontecer. Mas apesar dos recentes avanços em tecnologia e evidências, muitos abortos inseguros ainda ocorrem, e muitas mulheres continuam a sofrer e a morrer[26].”*

Dessa maneira, verifica-se que a criminalização do aborto não ultrapassa os testes de adequação e de necessidade.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, leciona Suzana de Toledo Barros:

*Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade stricto sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.*

*Isto quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, sem por isso está a chancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência*

*legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.*[\[27\]](#)”

A criminalização do aborto impõe restrição a diversos direitos fundamentais das mulheres. A medida é de eficiência questionável, ao se considerar outras políticas públicas existentes em outros países, e gera, comprovadamente, alta mortalidade materna, não se revelando a restrição proporcional em sentido estrito.

Conforme exposto na Pesquisa Nacional de Aborto 2016:

*Contrário aos estereótipos, a mulher que aborta é uma mulher comum. O aborto é frequente na juventude, mas também ocorre com muita frequência entre adultas jovens. Essas mulheres já são ou se tornarão mães, esposas e trabalhadoras em todas as regiões do Brasil, todas as classes sociais, todos os grupos raciais, todos os níveis educacionais e pertencerão a todas as grandes religiões do país. Isto não quer dizer, porém, que o aborto ocorra de forma homogênea em todos os grupos sociais. Há diferenças que merecem atenção de análises adicionais, em particular as maiores taxas entre mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, além das expressivas diferenças regionais.*[\[28\]](#)

Considerando a atual realidade do nosso sistema carcerário, conceituado pelo STF como submetido a um estado de coisas inconstitucional nos autos da ADPF 347, a opção por criminalizar o aborto e submeter mulheres ao sistema carcerário é um contrassenso.

Além disso, é necessário ponderar sobre o índice elevado de mortalidade materna, bem como sobre a realização de abortos sem condições de segurança como um fenômeno social que ocasiona danos físicos e psíquicos às mulheres.

#### **4. Da conclusão.**

Essa Suprema Corte já se tem mostrado sensível à premência de atualização da interpretação normativa, à luz nos cânones constitucionais atuais, notadamente no tocante ao tratamento equânime e isonômico entre os gêneros. Refuta-se, com isso, a reificação residual da mulher, que marcou a previsão infraconstitucional questionada, fruto de um contexto social então vigente, cuja formulação e interpretação datam da primeira metade do século passado e já não condizem com os preceitos fundamentais constitucionalmente albergados.

Assim, a Defensoria Pública da União, com a valorosa contribuição de seu Grupo de Trabalho Mulheres, requer seja julgado procedente o pedido formulado na inicial, declarando-se a não-recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas.

#### **5. Dos pedidos.**



Ante o exposto, **requer-se:**

a) a admissão da Defensoria Pública da União no processo, na qualidade de *amicus curiae*, franqueando-se o exercício das faculdades inerentes a essa função, entre as quais a apresentação de informações, manifestações, memoriais e a sustentação oral dos argumentos em Plenário;

b) seja julgado procedente o pedido formulado na inicial, declarando-se a não-recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas;

c) a intimação dos atos do processo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 1º de fevereiro de 2019.

**Gustavo Zortéa da Silva,**  
Defensor Público Federal de Categoria Especial.

**Gabriel Faria Oliveira,**  
Defensor Público-Geral Federal.

---

[1] O art. 2º da Portaria prevê as seguintes atribuições gerais dos Grupos de Trabalho: i) apoiar a atuação dos defensores públicos federais nas matérias afetas aos Grupos de Trabalho, observados os princípios do defensor natural e da independência funcional; ii) articular em conjunto com a Defensoria Pública-Geral da União o relacionamento institucional com as redes de proteção, formadas pelos órgãos de execução das políticas públicas e entidades da sociedade civil, afetas às respectivas áreas de especialidade; iii) expedir orientações visando a subsidiar os órgãos de execução da Defensoria Pública da União e de atuação para assegurar maior eficiência nas soluções das demandas judiciais e extrajudiciais; iv) realizar e estimular, em colaboração com a Escola Superior da Defensoria Pública da União, o intercâmbio permanente entre os órgãos de execução e de atuação da Defensoria Pública da União, mediante cursos de capacitação e atividades correlatas, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais; v) promover a realização de seminários para estudo e mobilização na área de especialidade, congregando membros de outras instituições do sistema de justiça, do meio acadêmico, gestores e integrantes da sociedade civil; vi) subsidiar a atuação da Defensoria Pública da União, nacional e internacionalmente, nos temas afetos às respectivas áreas de especialidade, inclusive através da elaboração de material de apoio, como nota técnica, minutas, estudos, dentre outros; vii) promover a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico aos grupos sociais específicos, inclusive mediante a elaboração de material de orientação relacionado às respectivas áreas de especialidade; viii) expedir recomendações e firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta para adoção de providências necessárias à prevenção de atos contrários à lei, à Constituição Federal, bem como a cessação de violações nas respectivas áreas de especialidade; ix) estabelecer permanente articulação com os demais Grupos de Trabalho da Defensoria Pública da União, bem como com núcleos especializados afins de Defensorias Públicas dos Estados, demais instituições, entidades da sociedade civil com atribuições correlatas e lideranças, para definição de estratégias comuns em assuntos de âmbito nacional e para intercâmbio de experiências; x) contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica afeta as respectivas áreas de especialidade; xi) contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica afeta as respectivas áreas de especialidade; xii) promover busca ativa do público-alvo correspondente às respectivas áreas de especialidade, inclusive por meio de ações itinerantes; xiii) identificar as diferentes propostas em

tramitação no Poder Legislativo correlatas aos interesses do público-alvo assistido pelos Grupos de Trabalho e articular, em conjunto com a Defensoria Pública-Geral da União, a participação nos debates sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade; xiv) representar a Defensoria Pública da União nas audiências públicas sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade; xv) promover a realização de audiências públicas sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade, com apoio da Defensoria Pública-Geral da União, nos termos da regulamentação específica; xvi) manifestar-se publicamente, por meio dos veículos oficiais de comunicação da Defensoria Pública da União, desde que respeitadas as diretrizes do Plano Estratégico da Assessoria de Comunicação (ASCOM), após aprovação da maioria absoluta dos membros integrantes do respectivo grupo e ouvida a Secretaria-Geral de Articulação Institucional (SGAI), expedindo notas, moções ou manifestações opinativas, em relação a proposições normativas, projetos de lei ou fatos relacionados às respectivas áreas de especialidade; xvii) solicitar à Defensoria Pública-Geral da União, por intermédio do Coordenador do Grupo de Trabalho, os recursos humanos e materiais necessários ao cumprimento pleno das suas atribuições.

Ao Grupo de Trabalho Mulheres, o art. 3º, VII, atribuiu as seguintes funções específicas: i) atuar no reconhecimento e defesa dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das mulheres; ii) monitorar ações de discriminação e violação de direitos das mulheres; iii) disseminar o conhecimento do direito universal à educação, à saúde e à proteção previdenciária; iv) promover a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres; v) estimular a autonomia econômica da mulher e promover a igualdade no mundo do trabalho, em todas as suas acepções; vi) fortalecer a participação das mulheres nos espaços de poder e decisão e atuar no enfrentamento e combate à violência contra a mulher; vii) garantir o direito das mulheres sobre a gestação, com acesso de qualidade à concepção e/ou contracepção; viii) promover o debate sobre políticas públicas e atuar na defesa das mulheres presas, das migrantes nas fronteiras secas e das vítimas de tráfico internacional de drogas; ix) promover a defesa das mulheres processadas por subtração internacional de crianças em decorrência da Convenção de Haia e atuar extraordinariamente nos processos administrativos relacionados, respeitados os princípios do defensor natural e da independência funcional; x) monitorar os casos relacionados à temática mulheres em trâmite na DPU e consolidar os dados necessários para subsidiar a atuação em âmbito nacional e internacional, judicial ou administrativo.

[2] MENDES, Soraia. *Criminologia Feminista, novos paradigmas*. 2017. 2ª edição. Editora Saraiva.

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid. Trotta, 2010.

[4] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos*. 2006. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/56231695/Flavia-Piovesan-Direitos-Humanos>. Acesso em 28/06/2018.

[5] Idem.

[6] LINHARES, Leila. *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*. In: **Seminário “Direitos Humanos: Rumo a uma jurisprudência da igualdade”**, Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998. Sem grifo no original.

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[8] SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongivani. *Gênero, patriarcado, violência* – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

[9] SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongivani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cadernos Pagu. 2001, p. 115.

[10] ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[12] BRASIL, IBGE. *Pesquisa nacional de saúde: 2013: Ciclos de Vida: Brasil e grandes regiões* /IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento - Rio de Janeiro: IBGE, 2015, Introdução. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>

[13] DINIZ, Débora e MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 15, supl.1, junho de 2010, pág. 961.

[14] BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integrada a saúde da mulher: Princípios e diretrizes, Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 31.

[15] HARDY, Ellen e ALVES, Graciana. Complicações pós-aborto provocado: fatores associados. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 8, n.4, out/dez, 1992.

[16] BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integrada a saúde da mulher: Princípios e diretrizes, Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 31.

[17] MACIEL, Edgar. 33 Mulheres Foram Presas por Aborto em 2014. *Revista Exame*. Publicada na internet em 22 de dezembro de 2014, de autoria de Edgar Maciel. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>

[18] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 5, n.17, p.52-75, jul./set.2007.

[19] Censo do IBGE de 2014.

[20] SILVEIRA, Paloma; MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice. Experiências de abortos provocados em clínicas privadas no Nordeste brasileiro. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 2, março, 2016.

[21] Trecho do voto do Min. Roberto Barroso no HC 124.306/RJ.

[22] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169-170.

[23] SEDGH, Gilda et al., “Abortion Incidence Between 1990 and 2014: Global, Regional, and Sub-Regional Levels and Trends”, *Lancet*, v. 388, n. 10.041, 2016, p.258-67 apud Flavia Biroli, “*Gênero e Desigualdades: limites da democracia no Brasil*”, São Paulo: Boitempo, 2018, p. 154.

[24] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.81.

[25] A cerca de um mês de acabar a sua carreira de 44 anos na administração pública, Francisco George fez uma retrospectiva de alguns dos casos de sucesso na saúde pública, nos quais inclui a interrupção voluntária da gravidez (IVG). “A IVG foi um sucesso, um grande sucesso. Ao longo destes anos analisámos os registos e percebemos que, todos os anos, há menos interrupções do que no ano anterior. [O número] tem descido e essa descida é acentuada. Temos menos 15% de interrupções do que quando começámos e 15% é importante”, resumiu o director-geral da Saúde em entrevista à agência Lusa. Em 2007, um referendo nacional veio permitir que as mulheres em Portugal passassem a poder interromper uma gravidez até às 10 semanas, num estabelecimento de saúde reconhecido e com capacidade para tal. Antes disso, o aborto era penalizado e criminalizado. Portugal é o país europeu com menos abortos, a lei foi “um sucesso”, diz Francisco George. Disponível em <https://www.publico.pt/2017/09/14/sociedade/noticia/portugal-e-pais-europeu-com-menos-abortos-lei-foi-um-sucesso-diz-francisco-george-1785386#>. Acesso em 5/7/2018.

[26] OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. Acesso em 05 jul 2018.

[27] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.85.

[28] DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(2):653-660, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em 05 jul. 2018.



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal de Categoria Especial**, em 01/02/2019, às 18:07, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal**, em 07/02/2019, às 13:33, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site [http://www.dpu.def.br/sei/conferir\\_documento\\_dpu.html](http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html) informando o código verificador **2808955** e o código CRC **20245481**.