



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

Exma. Sra. Ministra Rosa Weber, Eminente Relatora na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442,

Em cumprimento à Decisão Monocrática que determinou a relação dos inscritos habilitados, a data, a ordem dos trabalhos e a metodologia da **Audiência Pública** convocada para discutir aspectos interpretativos dos arts. 124 e 126 do Código Penal no âmbito da ADPF nº 442, publicada em 07/06/2018 (DJE nº 112), a **Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH-UFMG)**, programa de Pesquisa e Extensão da Universidade Federal de Minas Gerais, com sede na Av. João Pinheiro, nº 100 - Ed. Villas-Boas - 7º andar, Centro, BH/MG, CEP 30130-180, vem, respeitosamente, perante V. Exa., apresentar, sob a forma de memoriais, as **contribuições** a serem manifestadas pela expositora habilitada e coordenadora da CdH-UFMG, **Profa. Dra. Camila Nicácio**, na referida audiência pública.

Inicialmente, cumpre esclarecer que nos presentes memoriais utilizou-se, majoritariamente, o termo *mulheres* para se referir às pessoas que podem engravidar e, conseqüentemente, optar por interromper a gestação. Entretanto, é fundamental considerar que este grupo não é composto apenas por mulheres, vez que homens transexuais e pessoas de identidade não binária - que não se reconhecem enquanto homens ou mulheres - também podem viver uma gestação e, conseqüentemente, decidir interrompê-la. A fim de respeitar a identidade de gênero e a autonomia reprodutiva dessas pessoas, destaca-se que a argumentação desta peça volta-se à defesa dos direitos de todas as mulheres e pessoas que engravidam, ainda que não seja feita tal referência em todo o texto.

Passadas essas considerações preliminares, a tese a ser apresentada a esta Corte pela expositora sustenta-se em dois fundamentos:

1. Do Controle de Convencionalidade



CLÍNICA DE DIREITOS
HUMANOS DA UFMG

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

1.1 O direito internacional dos Direitos Humanos e sua aplicação no ordenamento jurídico interno dos países

O processo de elaboração e ratificação de tratados internacionais de Direitos Humanos partiu, segundo Mac-Gregor¹, de uma necessidade, surgida depois do pós-Segunda Guerra, de que houvesse garantias, para além da legislação constitucional própria de cada Estado, de cumprimento dos pressupostos básicos de Direitos Humanos. Para o autor, este foi o início de um processo de profundas mudanças na maneira como os países se relacionam: as ligações tornaram-se mais complexas, e a existência de diferentes ordens jurídicas, que se organizavam em níveis distintos, deu lugar ao chamado *transconstitucionalismo*.

*Comienza un proceso de internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos). El derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre los derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de “soberanía” y de los Estados nacionales.*²

Essa mudança foi fruto, segundo Piovesan³, do novo paradigma jurídico que surgiu na América Latina no período de redemocratização desses países, na década de 1980. A necessidade do estabelecimento de normas de proteção aos Direitos Humanos se consolidou com a elaboração da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de

¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM. Cidade do México: 2010. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

² “Começa um processo de internacionalização do Direito Constitucional (dos Direitos Humanos). O direito internacional, que se encontrava fundamentado nas relações dos Estados e não na proteção dos indivíduos, inicia uma transformação importante. Surge assim o direito internacional dos direitos humanos, em que a interação entre os direitos internacional, constitucional e processual é evidente, provocando também novos entendimentos sobre o tradicional conceito de “soberania” dos Estados nacionais.” (tradução nossa). Idem, p. 159-160.

³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 19, jan/jun, 2012. Páginas 67-93. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2018.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

San José da Costa Rica), em 1969, e com as reformulações do direito interno dos países signatários do Pacto para a incorporação de suas diretrizes. Para Piovesan:

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.⁴

O entendimento de que esse sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos é parte efetivamente integrante do ordenamento jurídico dos países signatários dos tratados internacionais motivou o desenvolvimento da chamada *Teoria do Controle de Convencionalidade* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O conceito apareceu pela primeira vez na jurisprudência da Corte no julgamento do caso *Almonacid Arellano v. Chile*⁵, em 2006, e dispõe sobre a necessidade de que os agentes do Estado adequem o ordenamento jurídico interno aos termos ratificados por aquele país nos tratados internacionais de direitos humanos – sobretudo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil, enquanto signatário da Convenção desde 1992, fica submetido ao dever de exercício do Controle de Convencionalidade – que, segundo as diretrizes da Corte⁶, compreende não apenas o dever *ex officio* de interpretar as normas segundo as disposições convencionadas no

⁴ Idem, p. 83.

⁵ “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.” Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de Setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2018.

⁶ Corte IDH. Control de Convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 17*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

tratado internacional, mas também de seguir as orientações jurisprudenciais adotadas pela Corte, órgão máximo de interpretação do texto da Convenção.

Importante observar que o Controle de Convencionalidade deve ser efetuado por todos os integrantes do Poder Judiciário, na medida de sua competência, bem como por todos aqueles que representam a máquina estatal, vez que a adesão ao tratado internacional foi feita pelo Estado como um todo. O exercício desse controle, portanto, seja na forma de adequação do ordenamento, seja na aplicação dos preceitos do direito internacional dos direitos humanos materializados nas disposições da Convenção, é parte crucial da efetiva aquiescência do Estado aos termos ratificados, uma vez que não podem ser utilizados mecanismos internos de um ordenamento jurídico para justificar a não atenção aos princípios acordados.

O Controle de Convencionalidade não deve ser restrito ao contencioso, podendo também se estender às demandas de caráter não contencioso e de caráter consultivo, de modo a efetivamente garantir a harmonia entre o ordenamento jurídico e as práticas e decisões jurídicas e administrativas de um país e toda a gama de princípios que norteiam o direito internacional dos direitos humanos.

1.2 Proteção à liberdade e à vida: entendimento consagrado na jurisprudência da Corte

O artigo 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica preceitua, *in verbis*: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral**, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*” (grifos nossos). Em razão das discussões suscitadas durante a elaboração do documento, optou-se por prever, expressamente, a expressão “**em geral**”. Nesse sentido, a Corte, no julgamento do caso *Artavia Murilo e outros vs. Costa Rica* (“*fertilização in vitro*”), apontou a possibilidade de exceções à regra geral.

O argumento adotado pela Corte, no caso em questão, diz respeito à impossibilidade de hierarquização entre os direitos fundamentais defendidos pela Convenção:

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula "em geral" tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. **Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.**

Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada "proteção mais ampla" no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela

A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula "em geral, desde a concepção" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe.⁷

Anteriormente, no julgamento do caso *Baby Boy vs. Estados Unidos da América*⁸, em 1981, a Corte já havia deixado claro seu posicionamento acerca da possibilidade de o aborto se tornar uma das exceções permitidas pelo uso da expressão "em geral" contida no artigo 4.1, ao rejeitar o pedido de condenação do Estado pela legalização do aborto em Massachusetts⁹. Na

⁷ CORTE IDH. "*Artavia Murillo e outros ("fertilização in vitro") vs. Costa Rica*". Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, N. 257. Parágrafos 258, 259 e 260. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁸ Corte IDH. "*Baby Boy vs. Estados Unidos da América*". Sentença de 6 de março de 1981. Caso 2141. Resolução nº 23/81. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁹ "*el Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.*" "Os Estados Unidos têm razão em recusar a suposição dos peticionários de que o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção. Na verdade, a Conferência enfrentou essa questão e decidiu não adotar uma redação que tinha claramente estabelecido esse princípio." (tradução nossa). Corte IDH. "*Baby Boy vs. Estados Unidos da América*". Sentença de 6 de março de 1981. Caso

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

ocasião, a Corte embasou sua decisão justamente no fato de a redação do tratado prever expressamente a expressão “em geral”, o que torna o texto substancialmente diferente da versão mais curta apresentada pelos peticionários, que considerava que “toda pessoa tem direito que se respeite a sua vida desde o momento da concepção”.

Em 2012, ainda no julgamento sobre a possibilidade de fertilização *in vitro* na Costa Rica, a Corte fez uma análise sobre a diferenciação entre o momento da fertilização e o da concepção, admitindo a existência de inúmeras correntes que buscam determinar o momento exato de percepção do início da vida humana, aduzindo que:

Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida. Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham¹⁰.

Outra noção importante trazida pelo Pacto é a de liberdade individual. Diversos artigos do tratado reafirmam o direito à integridade pessoal e à construção e desenvolvimento de um projeto de vida. Nesse sentido:

Além disso, esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana. Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e

2141. Resolução nº 23/81. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁰ CORTE IDH. "Artavia Murillo e outros ("fertilização *in vitro*") vs. Costa Rica". Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, N. 257. Parágrafo 185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.¹¹

A análise dos julgados anteriores da Corte, versando sobre a proteção à mulher¹², o caráter não absoluto da proteção à vida, a impossibilidade de hierarquização dos direitos sociais protegidos pela Convenção e a valorização da liberdade pessoal¹³, quando aplicada ao caso da descriminalização do aborto, revela um posicionamento consistente da CIDH favorável à medida.

O aborto, conforme já apontado, é uma questão relacionada à autonomia da mulher e à saúde pública, que não pode ser prejudicada pela valorização indevida de um suposto direito

¹¹ Idem, parágrafo 142.

¹² Em 2009, no julgamento do caso “*Gonzáles e outras (“campo algodoeiro”) vs. México*”, o Estado foi condenado, num caso sobre a morte, com sinais de tortura, de 3 jovens, que foram encontradas em um campo de algodão, a melhorar as políticas de gênero e a criar subsídios para a realização dessas, através de pesquisas e levantamentos sobre a violência contra a mulher. A condenação foi baseada na violação do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher), que prevê os deveres dos Estados para proteção das mulheres. CORTE IDH. “*Gonzáles e outras (“campo algodoeiro”) vs. México*”. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, N. 205. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, órgão das Nações Unidas, postulou, na Recomendação Geral nº 24, que “Os Estados Partes devem também, em particular: [...] c) Dar prioridade à prevenção da gravidez indesejada através de serviços de maternidade segura e assistência pré-natal. Quando possível, a legislação que penaliza o aborto deve ser emendada para remover as disposições punitivas impostas às mulheres que se tenham submetido ao aborto; [...] e) Exigir que todos os serviços de saúde sejam consistentes com os direitos humanos das mulheres, incluindo os direitos à autonomia, privacidade, confidencialidade, consentimento e escolhas informadas.” COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. *Recomendação geral nº 24, artigo 12º (As mulheres e a saúde)*. 1999. Disponível em <<http://unhrh.pdhj.tl/por/mulher-e-saude/>> Acesso em: 28 fev. 2017.

O órgão também atuou na elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 2002. Todos os posicionamentos do órgão também fazem parte do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, e já foram usados como embasamento em julgamentos realizados pela Corte, inclusive no caso “fertilização *in vitro*”.

¹³ “A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada” Artavia, parágrafo 143.

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

incondicional à vida desde o momento da concepção - que, como já provou a Corte, não se verifica nem no contexto jurídico atual, nem no momento da elaboração do Pacto.

1.3 O dever de aplicação do Controle de Convencionalidade

Conforme analisado nos tópicos anteriores, o Controle de Convencionalidade faz parte do Sistema de Proteção Internacional aos Direitos Humanos, e já foi consagrado pela CIDH como mecanismo primordial para o efetivo cumprimento de suas diretrizes, devendo ser efetuado *ex officio* por todos os integrantes do Judiciário e por todos os representantes do Estado, não apenas em relação aos artigos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas também aos posicionamentos consolidados pela Corte - órgão máximo de interpretação do Pacto - por meio dos julgados e opiniões consultivas.

Estabelecido, portanto, o posicionamento da Corte em defesa dos direitos da mulher, da liberdade individual e da integridade física, bem como o entendimento de que o direito à vida não é absoluto e de que os supostos direitos do embrião - cuja condição de pessoa não é uma unanimidade em nenhum sentido - não podem ultrapassar a esfera dos direitos individuais da mulher, faz-se necessário, por parte das autoridades judiciais brasileiras, o exercício do Controle de Convencionalidade para descriminalizar a prática do aborto nas doze primeiras semanas de gestação. Ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo de jurisdição no país, compete a obrigação de fazer valer as determinações do direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido:

[...] Além do controle de constitucionalidade – análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição – é imperioso o controle de convencionalidade de Direitos Humanos: a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Mas, este controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um controle de convencionalidade aplicado, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratado¹⁴.

Revela-se, portanto, a urgente necessidade de que o Supremo Tribunal Federal efetue o devido Controle de Convencionalidade e reconheça o caráter violador, segundo a legislação internacional de Direitos Humanos, da criminalização do aborto.

2. Da inadequação da criminalização do aborto aos princípios do direito penal brasileiro

A proteção de determinado bem jurídico pelo Poder Público pode realizar-se por diversas vias, tais como criação de políticas públicas, investimento em serviços públicos e financiamento a entidades privadas prestadoras de serviço de relevância social. Nesse contexto, a intervenção do poder punitivo estatal constitui a sanção mais grave prevista em nosso ordenamento jurídico, visto que restringe direitos fundamentais como liberdade e patrimônio.

Conforme os princípios regentes do direito penal brasileiro, a criminalização, primária ou secundária, deve ser sempre a última via a ser empregada para solucionar determinado conflito¹⁵. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, determina o princípio da intervenção mínima que a *“criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”*, e que, *“se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”*¹⁶. Ademais, o princípio da *ultima ratio* pode ser depreendido de nossa Magna Carta a partir do estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Brasil,

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 104. Jan./Dez. - 2009. São Paulo: USP, 2009. p. 241-246.

¹⁵ Cumpre aclarar que por criminalização primária entende-se todo ato e efeito “de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, enquanto que a criminalização secundária corresponde à “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, por meio da atuação dos agentes policiais, judiciários e penitenciários. Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume –Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4a edição, maio de 2011, p. 43. 4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 20a edição, 2014, p.53/54.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 20ª edição, 2014. p. 53-54.

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

que traz consigo, intrinsecamente, o compromisso para com a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos e, para tal, a necessária restrição do poder punitivo estatal, com vistas a evitar a ingerência arbitrária do Estado e eliminar as reminiscências do Estado de Polícia em nosso ordenamento jurídico.

Assim, tem-se que a incidência do direito penal deve ser restrita à presença de dois requisitos, quais sejam: (i) ameaça e/ou lesão a bem jurídico de grande relevância e (ii) insuficiência das demais vias de controle social menos gravosas para efetivar a proteção de tal bem jurídico violado/ameaçado.

No âmbito da criminalização primária do aborto, tem-se que o bem jurídico a ser tutelado é o valor intrínseco do produto da concepção – qual seja, o embrião ou feto. Entretanto, conforme evidenciam os dados disponíveis acerca do número de abortos realizados no Brasil, a criminalização fracassa em inibir a interrupção voluntária de gestações, não logrando êxito em proteger referido bem jurídico. Nesse ensejo, estima-se que, no ano de 2015, tenham sido realizados aproximadamente 503.000¹⁷ abortos entre mulheres de 18 a 39 anos¹⁸. Ainda assim, trata-se de bem jurídico de notória relevância, de modo satisfazer o primeiro requisito elencado pelo princípio da intervenção mínima.

Todavia, a violação ao princípio da *ultima ratio* torna-se manifesta a partir da constatação da escassez de políticas públicas que promovam a educação sexual, o acesso ao planejamento familiar e a métodos contraceptivos. Resta evidente que o Estado brasileiro, negligenciando as

¹⁷ Dados produzidos pela Pesquisa Nacional de Aborto, 2016. Segundo dados do IBGE, uma em cada cinco mulheres com mais de 40 anos já interrompeu voluntariamente ao menos uma gravidez ao longo da vida. Considerando que há no país aproximadamente 37 milhões de mulheres nessa faixa etária, é possível estimar que em torno de 7,4 milhões de brasileiras já fizeram pelo menos um aborto. Vide DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016 . Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017, p. 656, e IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde. 2013. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>>. Acesso em: 28 fev 2018.

¹⁸ Ressalta-se que a coleta dos dados relativos à interrupção voluntária da gravidez é patentemente prejudicada pela existência de uma considerável cifra oculta em torno da taxa de abortos. Nesse sentido, expressa o Ministério da Saúde que “o maior desafio para o cálculo da magnitude do aborto no Brasil é a dificuldade de acesso a dados fidedignos, além do alto número de mulheres que omitem ter induzido aborto em questionários com perguntas diretas”. Vide BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos . Brasília, 2009, p. 16. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

diversas possibilidades de redução do número de abortos que são menos gravosas a direitos fundamentais, escolheu a criminalização da interrupção voluntária da gravidez como *sola ratio* para enfrentar esta problemática.

Como afirma Roxin, “*o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social*”¹⁹. No caso em tela, o dano social tem início antes mesmo da imposição de sanção penal, vez que a criminalização primária fortalece a estigmatização e marginalização das mulheres que optam pela interrupção voluntária da gravidez. Tal estigma se funda precipuamente na construção social de que o desejo da maternidade seria intrínseco ao “ser mulher”. Dessa forma, a mulher que realiza um aborto torna-se estigmatizada duplamente, tanto pelo cometimento de um delito quanto pelo rompimento com este arquétipo de feminilidade, tornando-a alvo de amplo e severo julgamento moral. Importa salientar que o estigma é um fator crucial para a existência da cifra oculta em torno dos dados sobre a realização de abortos no país.

Há que se destacar, ainda, que a criminalização secundária no Brasil ocorre de maneira essencialmente seletiva²⁰, classista e racista, punindo desigualmente algumas mulheres em detrimento de outras. É nesse contexto que, diante da proibição ineficaz, surge a clandestinidade, as clínicas e métodos sub-reptícios de interrupção da gravidez. O perfil de mulheres vitimadas pelos métodos inseguros de aborto coincide com o perfil de mulheres encarceradas: via de regra pobres, negras, marginalizadas.

A criminalização do aborto contribui, portanto, para o agravamento da desigualdade de classe e raça no país, visto que as mulheres que possuem mais recursos logram realizar a interrupção da gestação com maior segurança - e, frequentemente, em países nos quais o procedimento seja legalizado e seguro -, enquanto às mulheres pobres restam apenas as clínicas e

¹⁹ ROXIN, Claus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 23.

²⁰ Destaca-se que o Ministério da Justiça, no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária vigente (2015), reconhece o racismo como elemento estrutural do sistema punitivo, bem como a maior vulnerabilidade dos mais pobres ao poder punitivo, conforme Medidas no 6 e 7. Vide BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano nacional de política criminal e penitenciária. Brasília-DF, 2015, p. 14-15.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

métodos clandestinos de menor custo, frequentemente insalubres e cujos procedimentos são de alto risco.

A decisão pela interrupção da gestação insere-se no âmbito do projeto de vida, da intimidade, da autonomia reprodutiva e do bem estar da mulher, e deve ser protegida e amparada pelo Estado, e não alvo de sua repressora ingerência. Ademais, o Estado possui o dever constitucional de garantir a proteção integral à saúde da mulher, incluindo sua saúde sexual e reprodutiva. Isto implica a necessidade de promover políticas públicas que reduzam os índices de mortalidade e danos à saúde das mulheres decorrentes de procedimentos inseguros de aborto.

Existentes outras vias para melhor enfrentar a problemática da interrupção voluntária da gestação, tais como políticas públicas voltadas à saúde reprodutiva, educação sexual e planejamento familiar, bem como medidas preventivas, como o investimento na disseminação de informações e acesso a métodos contraceptivos, não há justificativa plausível para sua criminalização, que, além de não efetivar a proteção do bem jurídico que se busca tutelar, acarreta a realização do aborto pela via clandestina, colocando em risco a vida de mulheres e acentuando a discriminação de raça e classe ao vitimar especialmente mulheres pobre, negras, marginalizadas. Ainda, a criminalização fere a autonomia reprodutiva e o direito à intimidade das mulheres, assim como sustenta o estigma em torno do aborto, infligindo-lhes ainda maior sofrimento.

As gestações indesejadas não podem ser completamente evitadas, seja pela falta de acesso a métodos contraceptivos ou pela sua falibilidade, ou, ainda, pelas situações de violência a que estão submetidas as mulheres em uma sociedade patriarcal e machista como a brasileira.²¹

²¹ De acordo com o relatório de 2018 da ONU Mulheres (UN Women): TURNING PROMISES INTO ACTION: GENDER EQUALITY IN THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, “Segundo dados obtidos de 45 países, apenas 52% das mulheres entre 15 e 49 anos que são casadas ou estão em uma relação estável têm autonomia para tomar suas próprias decisões sobre relações sexuais e o uso de contraceptivos e serviços de saúde de forma livre e informada.” No original: “Based on data from 45 countries, mostly in sub-Saharan Africa, only 52% of women aged 15–49 who are married or in a union make their own informed decisions about sexual relations and the use of contraceptives and health services. ” Disponível em: <<http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2018/2/gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018#view>> . Acesso em: 02 mar 2018.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

Já a mortalidade decorrente de abortos inseguros é um fenômeno contornável, desde que sejam disseminadas informações e adotadas práticas preventivas à gravidez e que, quando estes meios não forem eficazes, haja atendimento humanizado para aquelas que escolham interromper a gestação. É preciso que o direito à maternidade autodeterminada se estenda a todas as mulheres, e que as interrupções voluntárias de gestação sejam excepcionais e seguras.

A tipificação penal do aborto não traz, portanto, qualquer benefício a esta problemática, além de implicar violação direta aos direitos fundamentais das mulheres e aos princípios basilares do direito penal brasileiro, em especial ao princípio da intervenção mínima. Ademais, constitui uso nocivo do poder punitivo estatal, o que deve ser combatido pelo Poder Judiciário, que cumpre, neste contexto, imprescindível função dialética em prol do fortalecimento do Estado de Direito em nosso país.

3. Considerações Finais

Atentar-se à necessidade do exercício do controle de convencionalidade em relação aos tratados internacionais de direitos humanos e à inadequação da criminalização do aborto em face dos fundamentos do direito penal brasileiro, mormente a intervenção mínima, significa, igualmente, reafirmar a proposta democrática da nossa Constituição, em que o Estado Democrático de Direito considera necessariamente a pluralidade das experiências humanas e suas escolhas. Este Estado, porque democrático e de direito, tem o dever de levar em conta as minorias, sejam elas numéricas ou simbólicas, vez que em seu bojo o projeto de vida de uns tem tanto valor quanto o projeto de vida de outros, sendo o respeito e a consideração com a diversidade e com a pluralidade o norte para a elaboração das políticas públicas, das leis e das decisões judiciais. O único projeto de vida que não merece prosperar neste marco de Estado é o que visa aniquilar os outros projetos. Segundo um autor célebre: “a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna a tolerância necessária”. Não se trata aqui, contudo, da mera “tolerância social” de diferentes formas de vida e escolhas, vez que essa, sozinha, não é

Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

suficiente, mas do “reconhecimento legal igual”, como a justiça exige, conforme evocado por Rainer Forst.

Assim, não havendo uma só resposta para a ideia de “bem” ou de “vida boa”, cabe ao Estado, ao organizar o pluralismo e fazê-lo valer, basear suas ações em argumentos generalizáveis, tais como a liberdade ou a igualdade, em que a reciprocidade política dos sujeitos de direito tenha lugar. No que toca à minoria simbólica, embora numericamente superior, representada pelas mulheres, a descriminalização do aborto, pelas inúmeras razões que foram evocadas aqui, consiste em ação tendente à expansão dos direitos, não à restrição dos mesmos. Àqueles e àquelas, para quem vale a fé ou a convicção filosófica contra o aborto, restará disponível a proteção e a lealdade no seio de suas comunidades de fé e de pertencimento, nada obrigando-as à prática alguma, nada limitando-as. E para as outras mulheres, aquelas que, atualmente, em razão da criminalização, se encontram à deriva da dor, entregues à marginalização, ao etiquetamento e ao opróbrio, quando não à perseguição criminal, uma outra sorte de tratamento deve ser inaugurada, pautada, agora sim, na lógica da reciprocidade política, em que o projeto de vida de serem mães quando - e apenas quando e nas condições que quiserem - é levado a sério. A experiência das centenas de milhares de mulheres que são mães, casadas, religiosas, já tendo passado por pelo menos um aborto em sua trajetória aponta para duas realidades incontestáveis: a autonomia inviolável da maternidade e a presença do aborto como uma regularidade na vida sexual e reprodutiva feminina. Por essas razões afirmamos que à pergunta: *Por que obrigar uma mulher a se manter grávida contra sua vontade?* Não foi dada até aqui uma resposta razoável, adequada, justa, proporcional e consoante com o Estado Democrático de Direito. Ao contrário, as respostas correntemente disponíveis restringem os direitos de liberdade, autodeterminação e saúde das mulheres, notadamente as que são pobres, jovens e negras que, em sua maioria, e diferentemente do que pensa o senso comum de alguns, não vivem a experiência do aborto como algo vulgar ou anódino, mas como um acontecimento que marca um antes e um depois, vivido sob a chave do drama, do medo e de todo tipo de violência - inclusive a institucional.



Clínica de Direitos Humanos da UFMG / CdH - UFMG

Diante de todo o exposto, a **Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH-UFMG)**, na pessoa de sua coordenadora, a **Profa. Dra. Camila Silva Nicácio**, requer a admissão de suas contribuições sob a forma de memoriais, na qualidade de informações e argumentos a serem disponibilizados nos autos da ADPF nº 442.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

De Belo Horizonte/MG para Brasília/DF, 05 de julho de 2018.

Camila Silva Nicácio

Coordenadora da CdH - UFMG